Inwieweit ist eine private künstlerische Tätigkeit des Beamten rechtlich zugelassen?

Inaugural-Dissertation

zur

Erlangung der Doktorwürde

der

juristischen Fakultät

der

Friedrich-Alexanders-Universität zu Erlangen

vorgelegt von

Walter Hertlein
Referendar aus Nürnberg

Approbation: 22. Oktober 1938.

Buchdruckerei M. Krahl, Erlangen-Bruck
1939

1939 №10

Dekan: Professor Dr. jur. August Köhler.
Referent: Professor Dr. jur. Hans Liermann.

R. UNIV.
BIBLIOTHEEK
LEIDEN

Meinen lieben Eltern

Inhaltsverzeichnis.

Seite

Einleitung 1
1. Teil: Nebentätigkeit, Nebenamt, Nebenbeschäftigung . . 3
2. Teil: Der Grundsatz des Verbots der Nebenbeschäftigung . 5
I. Einzelne Ausnahmen 6
II. Die verschiedene Auffassung des Verbotsgrundsatzes im Weimarer Staat und heute 7
III. Die gesetzestechnische Durchführung des Verbotes . 8
3. Teil: Die Sonderstellung d. künstlerischen Nebenbeschäftigung 11
I. Die gesetzliche Regelung 11
II. Die begriffliche Abgrenzung d. künstlerischen Tätigkeit 14
A. Künslerische Tätigkeit im allgemeinen . . . 14
B. Künstlerische Tätigkeit in d. einzeln. Rechtsgebieten 16
1. Im Handels- und Gewerberecht 16
2. Im Steuerrecht 18
a) Die „reine Kunst" im Gegensatz zur „angewandten Kunst" 18
aa) Loslösung von jeder Zweckbestimmung . 18
bb) Loslösung vom Gebrauchszweck . . . 22
cc) Einwände gegen die Unterscheidung der reinen von der angewandten Kunst 26
b) Die Unterscheidung nach der Vorbildung und dem künstlerischen Wert der einzelnen Gegenstände . 31
c) Die Unterscheidung nach dem Vorliegen eines ästhetischen" Ueberschusses 32
C. Kritik der begrifflichen Abgrenzung . . . 34
III. Die Abgrenzung nach dem Zweck des Gesetzes . . 35
A. Die übliche Begründung der Ausnahmestellung der künstlerischen Nebenbeschäftigung . . . 35
B. Die Abgrenzung nach d. einzelnen Interessenkreisen 36
1. Keinerlei Interessenschädigung durch gewisse, engbegrenzte Tätigkeit 36
2. Das Interesse des Beamten, d. Staates als Dienstherr und der Allgemeinheit 37
3. Das Interesse der freien Künstler . . . 39
C. Die Durchführung d. Abgrenzung durch die Reichskulturkammer 43
Ergebnis 47

Literaturverzeichnis.

In ( ) die im Text verwendeten Abkürzungen.

Assmann, Gustav: Das Theatergesetz vom 15. 5. 1934, Kommentar, Berlin 1935. (Assmann Theatergesetz).

Boyens: Die Gewerbesteuerpflicht der freien Berufe in Preußen nach der Rechtsprechung des Oberverwaltungsgerichts, in Reichs- und Preußisches Verwaltungsblatt 1930/271; 1931/548; 1936/374.

Brand, Arthur: Das Deutsche Beamtengesetz vom 26. 1. 1937, Berlin 1937. (Brand DBG.).

— Das Beamtenrecht, die Rechtsverhältnisse der preuß. Staats- und Kommunalbeamten, Berlin 1928. (Brand Beamtenrecht).

— Gesetze über die Rechtsverhältnisse der Reichsbeamten, Berlin 1929. (Brand Rechtsverh. d. Reichsbeamten).

— Die Preußischen Dienststrafordnungen 3. Auflage Berlin 1935. (Brand Preuß. Dienststrafordnung).

Von Bremen: Die Nebentätigkeit der Beamten in Zeitschrift für Beamtenrecht 1933 S. 150. (V. Bremen in ZBR. 1933 S.).

Von Breunig, Georg: Die Bayerischen Ertragssteuergesetze vom 14. 8. 1910, München 1912. (Breunig Gewerbesteuerges.).

Cosack, Konrad: Lehrbuch des Handelsrechts Stuttgart 1910, 7. Auflage. (Cosack HGB. 7. Auflage 1910).

— Lehrbuch des Handelsrechts Stuttgart 1930, 12. Auflage. (Cosack HGB. 12. Auflage 1930).

Cremer: Die Nebentätigkeit der Beamten, in Staats- und Selbstverwaltung, Berlin 1937 S. 413 (Cremer in Staats- und Selbstverwaltg. 1937 S.).

Düringer-Hachenburg: Das Handelsgesetzbuch 1. Band Mannheim, Berlin, Leipzig 1930 Aufl. (Düringer-Hachenburg HGB.).

Fischbach, Oskar, Georg: Deutsches Beamtengesetz vom 26. 1. 1937. Berlin und Leipzig 1937. (Fischbach DBG.).

— Das Reichsgesetz zur Aenderung von Vorschriften auf dem Gebiete des allgemeinen Beamtenrechts, vom 30. 6. 1933. Berlin und Leipzig 1933. (Fischbach Beamtenrechtsänderungsges.).

— Das Reichsbeamtengesetz vom 31. 3. 1873, Berlin und Leipzig 1930. (Fischbach Reichsbeamtenges.).

— Die „subjektiven öffentlichen Rechte" der Beamten, in Deutsche Juristenzeitung 1935 Sp. 841. (Fischbach in DJZ. 1935).

Fleiner, Fritz: Institutionen des deutschen Verwaltungsrechts. Tübingen 1928. 8. Auflage. (Fleiner Institutionen).

Frank, Josef: Das Bayerische Gemeindebeamtenrecht, München 1916. (Frank Bayer. Gemeindebeamtenrecht).

Von Gierke, Julius: Handelsrecht und Schiffahrtsrecht Berlin und Leipzig 1933. (Gierke HGB.).

Hatschek, Julius; Lehrbuch des deutschen und preußischen Verwaltungsrechts. Leipzig 1931. (Hatschek, Verwaltungsrecht).

— Institutionen des deutschen und preußischen Verwaltungsrechts. Leipzig-Erlangen 1919. (Hatschek Institutionen).

Heilfron, Ed.: Reichsbewertungsgesetz vom 18. August 1925. Mannheim, Berlin, Leipzig, 1925 (Heilfron Reichsbewertungsges.).

Helfritz: Die Rechtsprechung des Preußischen Oberverwaltungsgerichts. in Deutsche Juristenzeitung 1933 Sp. 1588. (Helfritz in DJZ. 1933).

Von Henle, Julius: Handbuch der inneren Verwaltung für Bayern rechts des Rheins, herausgegeben von Julius v. Henle, München 1925. Abteilung I von Ludwig Osthelder. Abteilung VI von Franz Schweyer. (Henle Handbuch d. bayer. Verwaltg.).

Heuser, Karl: Die Nebentätigkeit der Beamten, in Deutsche Rechtspflege Berlin 1937 S. 503. (Heuser in Deutsche Rechtspflege 1937).

Jellinek, Walter: Verwaltungsrecht Berlin 1931. (Jellinek Verwaltungsrecht).

Koch. F. W.: Umsatzsteuergesetz vom 8. 5. 1926, München 1926. (Koch Umsatzsteuergesetz).

Koellreutter, Otto: Deutsches Verwaltungsrecht, Berlin 1936. (Koellreutter Verwaltung).

Koenige, Heinrich, Teichmann, Robert, Köhler, Walter: Handelsgesetzbuch, 2. Auflage. Mannheim. Berlin, Leipzig 1929. (Koenige HGB.).

Von Köhler, Ludwig: Grundlehren des deutschen Verwaltungsrechts. Stuttgart, Berlin 1936. (Köhler Verwaltung).

Köttgen, Arnold: Beamtenrecht Breslau 1929. (Köttgen Beamtenrecht).

Laforet, Wilhelm: Deutsches Verwaltungsrecht München 1937. (Laforet Verwaltung).

Landmann-Rohmer: Robert von Landmanns Kommentar zur Gewerbeordnung für das Deutsche Reich herausgegeben von Gustav Rohmer 1. Band 9. Auflage. München nnd Berlin 1938. (Landmann-Rohmer GWO.).

Locher, Eugen: Handelsrecht, in Das gesamte deutsche Recht in systematischer Darstellung. Herausgegeben von Rudolf Stammler. (Locher Handelsrecht).

Makower. H.: Handelsgesetzbuch, neu bearbeitet von F. Makower 1. Band Teil 1. 12. Auflage Berlin 1901. (Makower HGB.).

Marcuse, Paul: Die Gewerbesteuer der freien Berufe in Preußen. Berlin 1930. (Marcuse Gewerbesteuer d. fr. Berufe).

Maunz, Theodor: Verwaltung. Hamburg 1937. (Maunz Verwaltung).

Mirbt, Hermann: Grundriß des deutschen und preußischen Steuerrechts. Leipzig-Erlangen 1926. (Mirbt Grundriß).

Müller-Erzbach, Rudolf: Deutsches Handelsrecht. 2. und 3. Auflage Tübingen 1928. (Handelsrecht).

Pfundtner-Neubert: Das neue Deutsche Reichsrecht herausgegeben von Hans Pfundtner. Reinhard Neubert, F. A. Medicus Berlin 1933. (Pfundtner-Neubert).

Piloty, Robert: Streitfragen aus dem Beamtenrecht. In Archiv des öffentlichen Rechts, Band 33, S. 1. (Piloty in Arch. d. öff. R. Band 33).

Popitz, Johannes: Einführung in das neue Umsatz- und Luxussteuerrecht. Berlin 1920. (Popitz Einführung in das Umsatzsteuerrecht).

— Zur Frage der Gewerbesteuerpflicht der freien Berufe. In der Festgabe für H. Grossmann. Berlin 1933. (Popitz Gewerbesteuer der freien Berufe).

Raudenbusch, Heinrich: Die Gewerbesteuer der sog. Freien Berufe. Jur. Dissertation Heidelberg 1936. (Raudenbusch Gewerbesteuer der freien Berufe).

Reindl, Max: Kommentar zum Bayerischen Beamtengesetz vom 16. 8. 1908. München, Berlin, Leipzig 1914. (Reindl Bayerisches Beamtenges.).

Ritter, Wilhelm: Das Rechtsschaffen der Reichsmusikkammer. In Juristische Wochenschrift 1936 3025. (Ritter in JW. 1936).

Schack, F.: Uebersicht über die Regelung der Nebentätigkeit der Beamten in Kapitel IV des Reichsgesetzes vom 30. Juni 1933 und den Ausführungsbestimmungen In Beamtenjahrbuch 1936 S. 94, Berlin. (Schack in Beamtenjahrbuch 1936 S.).

Schäfer, H.: Die bayerische Gewerbesteuer. München 1931. (Schäfer Bayer. Gewerbesteuer).

Schäfers-Völkert-Wollentin: Deutsches Beamtengesetz vom 26. 1. 1937; bearbeitet von Karl Schäfers, Rudolf Völkert, Bruno Wollentin. (Schäfers-Völkert-Wollentin DBG.). 3. Auflage Berlin 1937.

Scheuer, Wilhelm: Die Nebentätigkeit der Beamten. In Bayer. Gemeinde- und Verwaltungszeitung. München, Berlin und Leipzig 1934 Sp. 353. (Scheuer in Bayer. Gemeinde- u. Verwaltungsztg. 1934 Sp. 353).

Schmidt-Leonhardt, Hans: Die Reichskulturkammer. In die Verwaltungsakademie. Berlin 1936. (Schmidt-Leonhardt Reichskulturkammer).

Schrieber, Karl, Friedrich: Das Recht der Reichskulturkammer. Sammlung von Gesetzen, Verordnungen Berlin. Band 1 u. 2,

1935. Band 3 und 4, 1936. Band 5, 1937. (Schrieber Reichskulturkammer.

Schrieber-Wachenfeld: Musikrecht. Sammlung von Gesetzen, Verordnungen herausgegeben von Karl Schrieber und Heinz Wachenfeld. Berlin 1936. (Schrieber Musikrecht).

Schulze-Simons: Die Rechtsprechung des Reichsdisziplinarhofes von Alfred Schulze, Walter Simons. Berlin 1926. (Rechtspr. d. Reichsdisziplinarhofes).

Schutte, Eberhardt: Die Rechtsstellung des Architekten im Dritten Reich. In Juristische Wochenschrift 1934/3250. (Schutte in JW. 1934).

Schütze: Nebenamt, Nebentätigkeit, Doppelverdiener. In Reichs- u. Preußisches Verwaltungsblatt 1932/208. (Schütze in Reichsverwaltungsbl. 1932).

Seel, Hanns: Neugestaltung d. deutschen Beamtenrechts. In Deutsche Juristenzeitung 1933 Sp. 936. (Seel in DJZ. 1933).

Senf, Karl: Umsatzsteuerfreiheit für Kunst und Wissenschaft. In Juristische Wochenschrift 1926/34. (Senf in JW. 1926).

Steinbach, Fritz: Gewerbeordnung für das Deutsche Reich. München, Berlin, Leipzig 1930. (Steinbach GWO.).

Tatarin-Tarnheyden, Edgar: Die Berufsstände. Ihre Stellung im Staatsrecht und die deutsche Wirtschaftsverfassung. Berlin 1922. (Tatarin-Tarnheyden Die Berufsstände).

Wichert, Ernst: Beamtenreichsrecht nach dem Reichsgesetz zur Aenderung von Vorschriften vom 30. Juni 1933. Berlin 1934. (Wichert Beamtenreichsrecht).

Wittland: Das Deutsche Beamtengesetz vom 26. 1. 1937. In Juristische Wochenschrift 1937/346. (Wittland in JW. 1937).

Zink, Josef: Einführung in die Staats- und Gemeindeverwaltung (Verwaltungstechnik). Herausgegeben von der Bayerischen Gemeindebeamtenkammer. München 1924. 2. Buch: Die Gemeinden, Bezirke und Kreise und das Gemeinde- und Bezirksbeamtenrecht, bearbeitet von Josef Zink. (Zink Staats- und Gemeindeverwaltung).

OVG = Oberverwaltungsgericht. — POVG. = Preußisches Oberverwaltungsgericht.

Einleitung.

In dem vergangenen Jahrzehnt ist auf die verschiedenste Weise die Teilnahme des Beamten am politischen Leben erörtert worden. Dies trifft für die Zeit des Weimarer Systems ebenso zu, wie für die ersten Jahre des nationalsozialistischen Staates. Die Gründe sind verschieden:

Zur Zeit des liberalen Weimarer Staates stand der Einzelne und seine Rechte im Mittelpunkt der Betrachtung. Nunmehr ist die Gemeinschaft des Volkes und der Dienst an ihr als zentraler Mittelpunkt in das Blickfeld des Beobachters getreten.

In einem Zeitalter der Herrschaft des Individuums betrachtete man auch den Beamten als ein Einzelwesen; deshalb suchte man möglichst stark seine Rechte als Individuum zu sichern. Zu diesen Rechten zählte insbesondere auch das Recht auf politische Betätigung.

Es entsprach also der liberalen Tendenz, dem Beamten Freiheit zur politischen Betätigung zu gewähren.

Mit der liberalen Idee hatte sich nun der demokratische Gedanke, zum mindesten in der Praxis, verbunden.

Diese Idee ging zwar auch vom Individuum aus; aber ihre Stellung dem Staat gegenüber war bejahend.

Die liberal-demokratischen Bewegung endete beim Parteienpluralismus mit seiner Vielheit entgegengesetzter und widerspruchsvoller Ideen und Interessenvertretungen. Um das Funktionieren des Beamtenapparates auch nur einigermaßen zu sichern, schien es nötig, die politische Betätigung des Beamten einzuschränken.

Diese Problemstellung verlor jede Bedeutung, als durch die nationalsozialistische Revolution eine neue

Staatsidee zur Herrschaft gelangt war. Die neue Idee wurde mit dem Staat und seinen Beamten unlöslich verbunden. Dadurch wird grundsätzlich jeder Widerspruch ausgeschlossen zwischen der politischen Betätigung des Beamten und den Aufgaben seines Berufes.

Im Gegensatz zu derartigen Betrachtungen sind die Erörterungen über die außerberufliche Tätigkeit des Beamten auf anderen Gebieten — als der Politik — sehr selten. Der Hauptgrund dafür ist wohl das heutige Primat der Politik.

Der Wert solcher allgemeiner politischer Auseinandersetzungen soll nicht verkannt werden. Dennoch ist es durchaus angebracht, konkrete Einzelfragen anzuschneiden. Denn auf diese Weise ist es möglich, aus allgemeinen Erkenntnissen die Folgerungen zu ziehen und so auch den Erfordernissen der Wirklichkeit zu dienen.

Dementsprechend soll versucht werden, einen kleinen Ausschnitt aus dem Beamtenrecht näher zu betrachten. Es soll also — im Gegensatz zur politischen und wirtschaftlichen — die private Tätigkeit des Beamten als Künstler im Rahmen der deutschen Kulturarbeit gewürdigt werden.

Zwei Beispiele mögen Richtung und Ziel der Erörterungen deutlich machen:

Ein Professor hat den Lehrstuhl für künstlerische Städtebauten an einer technischen Hochschule inne. Neben dieser amtlichen Tätigkeit übt er den freien Beruf eines Architekten aus; er fertigt Entwurfsarbeiten in seiner Eigenschaft als Städtebauer (Bebauungspläne) und zwar nach „künstlerischen, wissenschaftlichen und sozialen Gesichtspunkten[1])".

Ein Studienrat hat, außerhalb seiner beruflichen Tätigkeit, in Deutschland und im Ausland eine größere Anzahl von landschaftlichen Lichtbildern an Ort und Stelle aufgenommen. Mit einer textlichen Erläuterung des Stu-

1) Vgl. Entschdg. des POVG. v. 18. 10. 1932 in Reichsverwbl. 1933/372.

dienrats versehen, wurden diese Bilder durch einen Verlag in Buchform herausgegeben [2]).

Ist diese Tätigkeit des Professors und des Studienrates zulässig? Ist sie gerechtfertigt?

---

1. Teil

Nebentätigkeit, Nebenamt, Nebenbeschäftigung.

Die Tätigkeit des Beamten außerhalb seines beruflichen Hauptamtes wird allgemein als „Nebentätigkeit" bezeichnet [1]).

Diese „Nebentätigkeit" wird als Oberbegriff untergeteilt in „Nebenamt" und „Nebenbeschäftigung [2])". Vgl. § 10 DBG.

Als Nebenamt hat man bezeichnet: Jede auf öffentlichrechtlicher Anstellung beruhende Tätigkeit, die nicht schon nach der Gliederung und Verfassung der betr. Behörde selbst mit dem Hauptamt verbunden ist. Ferner müsse es sich um eine Tätigkeit handeln, die sich als öffentliches Amt des Reiches oder eines Landes, in der Kommunalverwaltung, im Dienste von Kirche und Schule oder einer sonstigen öffentlichrechtlichen Korporation darstelle [3]).

2) Vgl. Entscheidung des POVG. vom 22. 6. 37 in Reichsverwbl. 1937/1047.

1) Brand DBG. Seite 145, 147, 149; Wichert Beamtenreichsrecht S. 90 ff; Fischbach DBG. S. 83, ders. Beamtenänderungsg. S. 43; Seel DJZ. 1933 Sp. 936; Zink in Staats- u. Gemeindeverw. S. 299; Scheuer in Bayer. Gemeinde- u. Verwaltungsztg. 1934/355; Heuser in Deutsche Rechtspflege 1937/303.

2) Abzulehnen ist die Ansicht Cremers in Staats- u. Selbstverw. 1937/413, wonach Nebenbeschäftigung als Oberbegriff aufzufassen wäre. Dabei werden nur die Begriffe Nebenbeschäftigung u. Nebentätigkeit vertauscht. Weitere Folgerungen ergeben sich nicht.

3) Brand DBG. S. 149: vgl. Wichert Beamtenreichsrecht S. 93; Bremen in ZBR. 1933/152, 154; am kürzesten Fischbach DBG. S. 84: Ein bestimmt abgegrenzter Aufgabenkreis bei einem öffentrechtlichen Dienstherrn,

Beim Begriff des Nebenamtes taucht die Frage der Gestaltung des Verhältnisses zwischen Haupt- und Nebenamt auf. Hier ist jedoch nicht das Nebenamt zu berücksichtigen, vielmehr ist ein Teilgebiet der Nebenbeschäftigung des Beamten zu erörtern.

Diese wird nun gewöhnlich negativ gekennzeichnet: Jede nicht unter den Begriff des Haupt- oder Nebenamtes fallende Tätigkeit, die im Dienste des Reiches, eines Landes, einer Körperschaft des öffentlichen Rechts, einer juristischen oder natürlichen Person des Privatrechts ausgeübt wird[4]).

Köttgen[5]) bezeichnet als Nebenbeschäftigung jede nicht nur vorübergehende Tätigkeit, zu der sich der Beamte gegen Entgelt einem Dritten gegenüber verpflichtet.

Früher wurde noch gefordert, daß es sich nicht um eine einmalige, sondern um eine wiederholte Tätigkeit handelt[6]). Diese Voraussetzung ist jetzt weggefallen. Seit dem Gesetz zur Aenderung von Vorschriften auf dem Gebiete des allgemeinen Beamten-, des Besoldungs- und des Versorgungsrechts vom 30. 6. 1933 (Beamtenänderungsgesetz) genügt auch eine einmalige Tätigkeit[7]).

Scheuer[8]) fordert außerdem, daß es sich um eine Tätigkeit handelt, die eine volle durchschnittliche Arbeitskraft nur zu einem Bruchteil ausfüllt oder den regelmässigen Geschäftsumfang eines Vollamtes nur zu einem Teil erreicht. Dies ist durchaus gerechtfertigt. Es wird wohl in den übrigen Betrachtungen stillschweigend vor-

---

4) Wichert Beamtenreichsrecht S. 94.

5) Beamtenrecht S. 85; ähnlich Brand DBG. S. 149: Vgl. Durchführungsbest. v. 29. 8. 33. Eine Nebenbeschäftigung kann auch vorliegen, ohne daß der Tätigkeit eine feste Vertragsabrede zugrunde liegt (Entschdg. d. Reichsdisziplinarhofes in Leipzig v. 19. 6. 1911).

6) Fischbach Reichsbeamtengesetz S. 82; Reindl Bayer. Beamtengesetz S. 108; Zink in Staats- u. Gemeindeverw. S. 299.

7) § 9 d. Ges., Nr. 1 d. Durchführungsbest. v. 29. 8. 33; Wichert Beamtenreichsrecht S. 94; Scheuer in Bayer. Gemeinde- u. Verwaltungsztg. 1934/356.

8) In Bayer. Gemeinde- u. Verwaltungsztg. 1934/355; vgl. RG. Entschdg. v. 28. 10. 1932 in Zeitschrift für Beamtenrecht Bd. 5 S. 129.

ausgesetzt. Denn bei einem Fehlen dieser Voraussetzung kann von Nebenbeschäftigung nicht mehr gesprochen werden.

In der vorliegenden Arbeit ist die private künstlerische Tätigkeit des Beamten zu betrachten. Demnach bleibt diejenige Tätigkeit des Beamten außer Betracht, die er auf Anordnung einer vorgesetzten Dienstbehörde übernimmt (§ 10 Abs. 1 DBG).

Auf das heute sehr umstrittene Problem der Unterscheidung zwischen öffentlichem und privatem Recht ist zwar nicht einzugehen. Es muß aber folgendes festgestellt werden: Unter privater Tätigkeit im Sinne der Arbeit ist die Tätigkeit auf dem Gebiet der Gleichordnung der Einzelpersonen zu verstehen.

---

2. Teil

Der Grundsatz des Verbots der Nebenbeschäftigung.

Durch den Nationalsozialismus wurde das Wohl der Gemeinschaft in jeder Hinsicht über das des einzelnen gestellt. Als Folge davon wurden alle Bindungen des einzelnen an die Gemeinschaft verstärkt und gefestigt.

Das Verhältnis des Beamten zum Staat war früher zeitweilig sogar als privatrechtlicher Arbeitsvertrag aufgefaßt worden[1]). Nun wird es zu einem besonderen öffentlichrechtlichen Dienst- und Treueverhältnis zum Führer und zum Reich (§ 1 Abs. 1 DBG).

Hieraus ergibt sich, daß es oberste Pflicht des Beamten ist, seine volle Arbeitskraft dem Dienstherrn zu widmen. Dieser gewährt ihm dafür den standesgemäßen Lebensunterhalt[2]). Der Staat als Dienstherr hat ein In-

1) Vgl. Fleiner Institutionen S. 167.

2) Brand DBG. S. 149, ders. Beamtenrecht S. 506; Wichert Beamtenreichsrecht S. 90; Cremer in Staats- u. Selbstverw. 1937/415; Schütze in Reichsverwbl. 1932/208 u. 1937/109; Wittland in JW. 1937/349 u. a.

teresse an der vollen Verwertung der Arbeitskraft und Arbeitszeit des Beamten. Er greift durch das Beamtenverhältnis auch in die außerdienstliche Betätigung und Lebensführung des Beamten ein [3]).

Aus diesem Grunde ist für eine Betätigung des Beamten im freien Wirtschaftsleben grundsätzlich kein Raum [4]).

I. Einzelne Ausnahmen.

Es bestehen jedoch einzelne Ausnahmen. Erreicht die Nebenbeschäftigung nur einen geringen Umfang in zeitlicher Hinsicht und im Verhältnis zum Diensteinkommen, so ist sie ohne weiteres zulässig [5]).

Streitig war, ob eine gelegentliche, entgeltliche Beschäftigung zulässig sei. Seit dem Beamtenrechtsänderungsgesetz genügt auch eine einmalige Vergütung [6]). Eine Nebenbeschäftigung ohne Entgelt unterliegt keiner Beschränkung [7]).

Der Begriff der Vergütung ist weit auszulegen. Er umfaßt auch Naturalleistungen oder andere Leistungen wirtschaftlicher Art; auch Aufwandsentschädigungen und Sitzungsgelder fallen darunter. Ob die Vergütung in kalendermäßig feststehenden Zeitabschnitten (monatlich, jährlich usw.) zu zahlen ist oder nicht, ist unerheblich. Auch

3) Vgl. z. B. § 3 DBG.

4) Wichert Beamtenreichsrecht S. 90; Schack in Beamtenjahrbuch 1936 S. 97; Köhler Verwaltung S. 101; Jellinek S. 371; Koellreutter S. 38; Bayer. Gemeinde- u. Verwaltungsztg. 1932/571 539; vgl. Amtliche Begründung d. Beamtenänderungsges. im Reichsanzeiger 1933 Nr. 162, ber. Nr. 169.

5) Vgl. VO. über die Nebentätigkeit der Beamten v. 6. 7. 1937 Z. 4 und 5, ferner Beamtenänderungsges. § 9 Z. 2 nebst Durchführungsbest. Nr. 4b.

6) S. § 9 Abs. 1 Z. 2 d. Ges.

7) § 16 Reichsbeamtengesetz v. 31. 3. 1873 (17. 5. 1907), § 9 Beamtenreichsänderungsges., VO. über d. Nebentätigkeit Z. 1 (für Bayern: Kurfürstl. Entschluß v. 30. 7. 1801 nach Henle Handbuch d. bayer. Verwaltg.). Brand DBG. S. 152; Wichert Beamtenreichsrecht S. 95; Fischbach DBG. S. 85; Schack in Beamtenjahrbuch 1936 S. 97; V. Bremen in Zeitschr. f. Beamtenrecht 1933 S. 151; Reindl Bayer. Beamtenges. S. 107.

eine tatsächliche Uebung kann genügen, wenn die ausgeübte Tätigkeit mit Aussicht auf Vergütung verbunden ist[8]). Allerdings wird eine Tätigkeit nicht dadurch entgeltlich, daß für sie tatsächlich, entgegen der sonstigen Uebung, eine Entschädigung gewährt wird[9]). Bezahlung der Auslagen, wie z. B. der Fahrkosten sind keine Vergütungen.

II. Die verschiedene Auffassung des Verbotsgrundsatzes im Weimarer Staat und heute.

Heute spricht die Vermutung für das Verbot; die Zulässigkeit muß im Einzelfall gesetzlich erlaubt sein. Im liberalen Staat wurde das Verbot zwar grundsätzlich anerkannt. Aber nur insoweit ein ausdrückliches gesetzliches Verbot bestand, wurde die Beschränkung tatsächlich anerkannt.

Aus diesem Denken heraus erklärt sich folgende Fragestellung: Ist die Freiheit in der Ausübung von Nebenbeschäftigungen als ein wohlerworbenes Recht im Sinne des Art. 129 WRV. aufzufassen? Man sah die Möglichkeit eines Einschreitens des Diensvorgesetzten nur gegeben, wenn die Nebenbeschäftigung sich in Art und Umfang als Amtspflichtverletzung darstellte[10]). Im übrigen herrschte bei den verschiedenen Beamtenarten eine unterschiedliche Regelung[11]). Entscheidend war, welchem Land oder welcher Stadt sie angehörten, oder ob sie Reichsbeamte waren. Diese Zersplitterung wurde schon durch das Beamtenrechtsänderungsgesetz beseitigt; das Deutsche Beamtengesetz hat dies nur bestätigt. Dadurch wurde eine zusammenfassende Regelung der Fragen gebracht. Sie gilt für die Beamten des Reiches, der Länder, der Gemein-

8) Entschd. d. POVG. v. 22. 10. 1935 in Reichsverwbl. 1936/210.

9) Brand DBG. S. 152, Fischbach DBG. S. 85.

10) S. Entschdg. d. thüring. OVG. in Reichsverwbl. 1932/633; Schütze in Reichsverwbl. 1932/208; Fischbach in DJZ. 1935/841.

11) Ueber die frühere Verwaltungspraxis in Preußen vgl. Pr. Runderlaß v. 11. 10. 1930 in Preuß. Besoldungsblatt 1930 S. 141, Ministerialerlaß vom 30. 5. 1932 nach von Bremen in Zeitschrift f. Beamtenrecht 1933 S. 156.

den, sowie der sonstigen Körperschaften, Anstaltungen und Stiftungen des öffentlichen Rechts[12]).

Nunmehr gelten also für alle Beamten die gleichen Vorschriften. Auf die für den Einzelfall in den Ländern, Kommunen usw. sich ergebenden Uebergangsmaßnahmen kann nur hingewiesen werden[13]).

III. Die gesetzestechnische Durchführung des Verbotes.

Das grundsätzliche Verbot der Nebenbeschäftigung ist in den gesetzlichen Bestimmungen nicht in einem generellen Verbot zum Ausdruck gekommen.

Vielmehr hat sich der Gesetzgeber darauf beschränkt, eine Genehmigungspflicht einzuführen[14]). Die Gründe dieser Regelung sind im wesentlichen folgende:

Trotz des besonders gearteten Dienstverhältnisses des Beamten besteht auch seine Dienstleistung lediglich in der Erfüllung bestimmter Aufgaben. Tüchtigkeit und Leistungsfähigkeit des einzelnen Beamten sind verschieden. Deshalb widersprechen bestimmte Nebenbeschäftigungen der beruflichen Leistung des einen Beamten nicht, sind ihr vielleicht sogar förderlich. Bei einem andern Beamten können sich dieselben Nebenbeschäftigungen jedoch für seinen Dienst schädlich auswirken.

Die einzelnen untergeordneten Behörden sind mit dem Einzelfall vertraut. Ihnen ist die Entscheidung über die

12) Wichert Beamtenreichsrecht S. 90.

13) Vgl. z. B.: Zentralbl. f. d. Gesamte Unterrichtsverwaltung in Preußen 1933 S. 262 1934 S. 6, 121. Preußisches Ministerialblatt für Wirtschaft und Arbeit 1933 S. 210. Bayerisches Ministerialblatt 1933 S. 118, 119. Bayerisches Gesetz- und Verordnungsblatt 1934 S. 62—64, 437. Sächsisches Verordnungsblatt 1934 S. 23, 329, 385, 386. Württembergisches Regierungsblatt 1934 S. 98; nach Wichert Beamtenreichsrecht.

14) S. die unter Anmerkg. 7) Seite 6 genannten Gesetzesstellen und Schriftsteller; ferner § 10 Abs. 2 DBG.; vgl. auch Art. 18 des bayer. Beamtenges. v. 16. 8. 1908 (Hier wird zwischen anzeige- u. erlaubnispflichtigen Nebenbeschäftigungen unterschieden); ferner Seel in DJZ. 1933 Sp. 940; Hatschek Verwaltung S. 355; Brand Preußische Dienststrafordnung. S. 85; Koellreutter Verwaltung S. 38.

Zulässigkeit einer Nebenbeschäftigung daher im Einzelfall grundsätzlich anzuvertrauen.

Darüber hinaus spricht gegen ein generelles Verbot folgende Erwägung: Für bestimmte Tätigkeiten sind außerhalb des Beamtenkörpers geeignete Personen entweder überhaupt nicht oder nicht in genügender Anzahl vorhanden[15]). Eine Abwägung der beiden Interessenkreise kann eine Ausnahme des Grundsatzes des Verbots der Nebenbeschäftigung rechtfertigen. Dies ist namentlich zu beachten im gegenwärtigen Zeitpunkt, da, nach Ueberwindung der Arbeitslosigkeit, es oft an geeigneten Kräften auf den verschiedensten Gebieten fehlt.

Es handelt sich keinesweges um einen vorübergehenden Mangel, sondern um einen an sich normalen Zustand; es kommt demnach diesen Erwägungen in wachsendem Maße Bedeutung zu. Dabei braucht nur auf den gegenwärtigen Mangel an Technikern hingewiesen zu werden. Gerade dieser Hinweis ergibt aber wieder einen Gegeneinwand: Der erhöhte Bedarf an Fachkräften, wie Technikern, ist besonders beim Staat selbst (Wehrmacht!) festzustellen. Deshalb ist die Inanspruchnahme durch den Staat selbst eine gesteigerte.

Gerade diese Tatsache unterstreicht die Erkenntnis: Die Regelung läßt sich nicht „Von oben" durchführen, sondern muß den in die Verhältnisse eingeweihten unteren Verwaltungsstellen überlassen werden.

Obwohl die letzte Entscheidung über die Genehmigung nachgeordneten Behörden übertragen ist[16]), hat der Gesetzgeber die Voraussetzungen dafür eingehend geregelt.

Die Nebenbeschäftigung ist nur zulässig, wenn sie mit der gewissenhaften Erfüllung der Dienstpflichten des Beamten und mit der Achtung, die sein Beruf erfordert,

---

15) Vgl. Scheuer in Bayer. Gemeinde- u. Verwaltungszeitung 1934/356.

16) Die Genehmigung erteilt die oberste Dienstbehörde, die diese Befugnis auf andere Behörden übertragen kann: § 10 Abs. 3 S. 1 DBG.

vereinbar ist[17]). In Nr. 1 Abs. 2 Z. 1 der VO über die Nebentätigkeit der Beamten wird ausdrücklich festgestellt: Die Genehmigung „darf nicht erteilt werden für eine Tätigkeit, die mit dem Ansehen der Beamtenschaft oder mit Rücksichten auf das Gemeinwohl nicht vereinbar ist".

Diese Vorschrift entspricht im wesentlichen den früheren Bestimmungen[18]). Es handelt sich hier um die Frage der sog. „Inkompatibilität", d. h. der Vereinbarkeit der Beamtenstellung mit gewissen anderen Tätigkeiten; dieses Problem tritt besonders in Erscheinung wenn die dienstliche und die außerdienstliche Betätigung dem gleichen Arbeitsgebiet angehört[19]).

Im übrigen ist die Zulässigkeit bestimmter Nebenbeschäftigungen vom Gesetzgeber durch Spezialvorschriften geregelt (§§ 10, 11 Beamtenänderungsges., Durchführungsbestimmungen zu Kapitel IV des Beamtenänderungsges. vom 29. 8. 1933; § 10 DBG, VO über die Nebentätigkeit der Beamten)[20]).

Mehrere Nebenbeschäftigungen sollen darnach ein und demselben Beamten in der Regel nicht gestattet werden. Bei Nebenbeschäftigungen im Interesse der Verwandten des Beamten ist die Genehmigung im allgemeinen zu erteilen. Die Genehmigung kann bedingt oder befristet gegeben werden. Die Durchführung dieser Einschränkung ist in das Ermessen der betreffenden Behörde gestellt. Dabei sollen solche Bedingungen und Befristungen nicht gestellt werden, „an deren Einhaltung

17) Wichert Beamtenreichsrecht S. 90, 101; Cremer in Staats- u. Selbstverw. 1937/414; Piloty in Arch. d. öff. Rechts Bd. 33 S. 27; Reindl, Bayer. Beamtenges. S. 108; Zink Staats- u. Gemeindeverw. S. 299; V. Bremen in Zeitschrift f. Beamtenrecht 1933 S. 151; Henle Handb. d. bayer. Verwaltg. S. 14; Brand Beamtenrecht S. 506, ders. DBG. S. 149.

18) S. Beamtenänderungsgesetz § 11 Z. 2a; vgl. damit z. B. Art. 18 d. Bayer. Beamtenges. v. 16. 8. 1908.

19) Vgl. Fischbach Beamtenänderungsges. S. 47.

20) Wichert Beamtenreichsrecht S. 98; Henle Handbuch d. bayer. Verwaltg. S. 425; vgl. dazu Bayer. Gesetz- u. Verordnungsbl. 1938 Nr. 3 S. 41: Bekanntmachung über die Nebentätigkeit der Beamten v. 18. 1. 1938 des Staatsministeriums des Innern.

die Behörde kein von ihr wahrzunehmendes Interesse hat“ [21]). Auf die Erteilung der Genehmigung besteht kein Anspruch. Sie kann jeder Zeit zurückgenommen werden. Dem Gesichtspunkt des Doppelverdienertums kommt bei Genehmigungserteilung besondere Bedeutung zu [22]).

In bestimmten Fällen ist die Zulässigkeit von besonderen Vereinbarungen zwischen der anstellenden Behörde und dem Beamten anerkannt. Voraussetzung dafür ist, daß diese Vereinbarungen nicht dem Wesen des Beamtenverhältnisses widersprechen [23]).

Auf Ehrenbeamte, Beamte im Wartestand und im Ruhestand finden die erwähnten Beschränkungen keine Anwendung [24]). Sie sind also in ihrer Nebenbeschäftigung nicht beschränkt. Eine Anrechnung des Entgelts auf den Ruhegehalt findet nicht statt.

---

3. Teil

Die Sonderstellung der künstlerischen Nebenbeschäftigung.

I. Die gesetzliche Regelung.

Auch die private künstlerische Tätigkeit des Beamten ist eine Nebenbeschäftigung im erörterten Sinn [1]). Piloty hat dies abgelehnt [2]). Nach ihm ist die private Tätigkeit eines Professors der Akademie der bildenden

21) Entschdg. d. POVG. v. 29. 4. 1927 in Preuß. Verwaltungsblatt Band 49/22; vgl. Urteil des 9. Dienststrafsenats des POVG. v. 21. 6. 1934 in JW. 1934/3168; Brand Preußische Dienststrafordnung. S. 85.

22) Vgl. Runderlaß des Preuß. Finanzministeriums v. 8. 11. 33 in Pr. Besoldungsbl. 1933/237 nach Brand DBG. 158.

23) Laforet Verwaltungsrecht S. 14, 111. 121; RGZ. 125/299; Urteil des Reichsfinanzhofes v. 23. 10. 1934 in JW. 1935/469.

24) Brand DBG. S. 145; Zink Staats- u. Gemeindeverwaltung S. 302; Schütze in Reichsverwaltungsblatt 1932/208.

1) Reindl Bayer. Beamtenges. S. 111.

2) In Archiv d. öffentl. Rechts Band 33 S. 28.

Künste als Maler oder Bildhauer keine „Nebenbeschäftigung". Das würde auf eine Herabsetzung der künstlerischen (und wissenschaftlichen) Berufe hinauslaufen. Die künstlerische Tätigkeit der genannten Personen gehöre zu ihrem Beruf.

Diese Schlußfolgerung ist abzulehnen. Denn es ist kein Grund ersichtlich dafür, daß in dem Wort „Beschäftigung" eine Herabsetzung liegen sollte. Eine enge Verbindung der privaten künstlerischen Tätigkeit eines Akademieprofessors mit seinem Berufe liegt zwar vor. Insofern könnte die Bezeichnung Nebentätigkeit als nicht gerechtfertigt angesehen werden. Aber eine Betrachtung dieser Tätigkeit aus dem Gesichtspunkt des Beamtenverhältnisses läßt sie im Verhältnis zur amtlichen Tätigkeit nichtsdestoweniger als Nebenbeschäftigung erscheinen.

Eine Ausnahme von der allgemeinen Regel der Genehmigungsbedürftigkeit jeder Nebenbeschäftigung enthält § 11 DBG. Darnach bedürfen keiner Genehmigung die Verwaltung eigenen oder der Nutznießung des Beamten unterliegenden Vermögens, die schriftstellerische oder Vortragstätigkeit und die künstlerische Nebenbeschäftigung.

Die eingehenden Vorschriften über die Genehmigung bestimmter Nebenbeschäftigungen finden also keine Anwendung auf die künstlerische Tätigkeit im Sinne des § 11 DBG.

Diese Bestimmung ist nun keineswegs eine Neuerung des DBG. Sie bestand schon nach § 9 des Beamtenänderungsgesetzes, und zuvor in der Verwaltungsübung[3]).

Zu dieser Regelung stellt Brand fest: Sie läßt sich eigentlich kaum in Einklang bringen mit dem allgemeinen

3) Brand DBG. S. 161; Fischbach DBG. S. 90; Wichert Beamtenreichsrecht S. 97; Schack in Beamtenjahrbuch 1936 Seite 100; Seel in DJZ. 1933 Sp. 940; Cremer in Staats- u. Selbstverwaltung 1937 S. 414; V. Brenien in Zeitschr. f. Beamtenrecht 1933 Seite 157; Köttgen Beamtenrecht S. 85; vgl. für Bayern § 21 Abs. 3 der IX. Beilage zur Verfassungsurkunde vom 26. 5. 1818, königliche Deklaration vom 24. 8. 1818, VO. vom 18. 3. 1868, § 51 d. Landtagsabschieds vom 28. 4. 1872, (nach Reindl Bayer. Beamtenges. S. 106).

Grundsatz: Der Beamte hat seine ganze Kraft und Zeit seinem Amte zu widmen und darf Nebenbeschäftigungen gegen Entgelt nur mit Genehmigung übernehmen[4]). Nach Brand bedarf der Beamte keiner Genehmigung zu einer „noch so umfangreichen und Zeit raubenden" künstlerischen Nebenbeschäftigung[4]).

Jedoch wird diese Freiheit des Beamten durch das Gesetz selbst eingeschränkt. Denn in § 11 DBG wird ausdrücklich festgestellt, daß die dienstliche Verantwortlichkeit des Beamten unberührt bleibt. Außerdem ist es Pflicht des Dienstvorgesetzten, Mißbräuchen entgegenzutreten (§ 11 DBG).

Die genehmigungsfreie Nebenbeschäftigung kann also nicht soweit gehen, daß dadurch die Anforderungen des Dienstes beeinträchtigt werden. Eine ständige Prüfung der allgemeinen Dienstpflichten muß dem Beamten auferlegt werden[5]).

Zwar gelten einzelne Versagungsgründe nach dem Gesetz unmittelbar nur für genehmigungspflichtige Nebenbeschäftigungen. So ist die Genehmigung nicht zu erteilen für eine Nebentätigkeit, die dem Ansehen des Beamtenstandes, den dienstlichen Belangen, den Interessen der in der freien Wirtschaft tätigen Volksgenossen oder der Rücksicht auf das Gemeinwohl nicht gerecht wird[6]).

Derartige Nebenbeschäftigungen sind aber auch dann nicht zulässig, wenn die Tätigkeit selbst an sich genehmigungsfrei ist[7]). Auch eine künstlerische Nebenbeschäftigung, die den dienstlichen Belangen widerspricht, kann nicht zugelassen werden. Dies ist darin zum Aus-

---

4) Brand Beamtenrecht S. 513.

5) Brand DBG. S. 162; Schäfers-Völkert-Wollentin DBG. S. 19; vgl. Scheuer in Bayer. Gemeinde- u. Verwaltungszeitung 1934 S. 359; Reindl Bayer. Beamtenges. S. 111.

6) Beamtenänderungsgesetz § 11 Z. 1 und 2; VO. über die Nebentätigkeit der Beamten Z. 1; vgl. die Ausführungen oben Seite 9, 10 der Arbeit.

7) Schack in Beamtenjahrbuch 1936 S. 102; Fischbach Beamtenänderungsges. S. 51; Wichert Beamtenreichsrecht S. 97.

druck gekommen, daß der Dienstvorgesetzte Mißbräuchen entgegentreten muß.

Der Hauptunterschied in der Behandlung der genehmigungsfreien und der genehmigungspflichtigen Nebenbeschäftigung besteht in folgendem. Bei dieser ist eine Unterbindung bei einer der genannten Interessenverletzungen jederzeit generell möglich. Bei jener dagegen kann zur Verhinderung eines Mißbrauchs nur im Einzelfall vorgegangen werden[8]).

II. Die begriffliche Abgrenzung der künstlerischen Tätigkeit.

A. Künstlerische Tätigkeit im allgemeinen.

Aus der gesetzlichen Regelung ergibt sich: Nur die dienstliche Verantwortlichkeit des einzelnen Beamten und die Pflicht des Dienstvorgesetzten, „Mißbräuchen entgegenzutreten", begrenzen die private künstlerische Tätigkeit des Beamten.

Inhalt und Abgrenzung der künstlerischen Tätigkeit im Gegensatz zur sonstigen (genehmigungspflichtigen) Nebenbeschäftigung des Beamten können bestimmt werden nach verschiedenen Gesichtspunkten.

Als künstlerische Tätigkeit schlechthin kann man bezeichnen: Die Befriedigung des Schönheitssinnes durch menschliches Handeln. Ein Tun des Menschen ist erforderlich im Gegensatz zu den Schöpfungen der Natur. Als wesentliches Merkmal erscheint die Befriedigung des Schönheitssinnes. Die Ausdrücke „Gefallzweck" oder „ästhetischer Zweck" sind zwar häufiger. Sie bringen aber keinen anderen Gedanken zum Ausdruck. Ohne das Wesen der Kunst deutlicher zu machen, entbehren sie der Volkstümlichkeit.

Eine allgemein anerkannte Formulierung des Begriffes „Kunst" wird wohl nie gelingen. Man hat versucht die Aufgabe der Kunst folgendermaßen zu formulieren: Sie bestehe, darin, „dem menschlichen, seelischen Emp-

8) Cremer in Staats- u. Selbstverwaltung 1937 S. 414.

findungsleben durch die Sinne harmonisch gegliederte Nährstoffe zuzuführen, um jenem an sich ungeordneten Empfindungsleben dadurch innere Belebung zu schenken“ [9]). Ob durch eine derartige Begriffsbestimmung viel gewonnen wird, kann dahingestellt bleiben.

In den Anordnungen zum Schutze des Berufes und der Berufsausübung der Gebrauchswerber, Gebrauchsgraphiker, Gartengestalter und Architekten wird die künstlerische Tätigkeit der genannten Berufe folgendermaßen festgelegt: [10])

„Jede entwerfende oder sonstig gestaltende, künstlerisch anordnende, betreuende und leitende Tättgkeit . . ., die eigenschöpferische Gestaltungskraft zeigt und nicht lediglich die Anwendung erlernter rein technischer Kenntnisse ist“. Ferner wird bei den Gartengestaltern und Architekten noch hinzugesetzt: „Nützlichkeitszwecke des gestalteten Werkes schließen den Begriff der künstlerisch-schöpferischen Leistung nicht aus.

In der Begriffsbestimmung der künstlerischen Tätigkeit wird hier wiederum von „künstlerisch anordnender, betreuender und leitender Tätigkeit“ gesprochen. Schon diese Tatsache beweist, wie wenig auch diese Formulierung als Begriffsbestimmung brauchbar erscheint.

Der Versuch, das Wesen der Kunst festzustellen, ist eine philosophische Frage. Auf sie ist hier nicht weiter einzugehen. Es darf darauf hingewiesen werden, daß zu jeder Zeit nahezu jeder Denker eine besondere Begriffsbestimmung formuliert.

Die große Zahl der Versuche, das Wesen der künst-

---

9) Tatarin-Tarnheyden Die Berufsstände S. 48.

10) 1. Anordnung betr. den Schutz und die Berufsausübuug der Gebrauchswerber v. 1. 8. 34 (VB. 31. 7. 34), Schrieber Reichskulturkammer Band I S. 135; 1. Anordnung betr. den Schutz . . . . der Gebrauchsgraphiker v. 24. 8. 34 (VB. 24. 8. 34), Schrieber Reichskulturkammer Band I S. 140; 1. Anordnung betr. den Schutz . . . . der Gartengestalter v. 1. 9. 34 (VB. 2. 9. 34), Schrieber Reichskulturkammer Band I S. 143; 1. Anordnung betr. den Schutz . . . der Architekten v. 28. 9. 34 (VB. 30. 9. 34), Schrieber Reichskulturkammer Band I S. 146.

lerischen Tätigkeit darzulegen, legt folgenden Schluß nahe: Mit einer allgemeinen Definition kann nicht die Zulässigkeit einer bestimmten Nebenbeschäftigung entschieden werden. Dazu kommt noch die Unbestimmtheit jeder einzelnen Formulierung.

Es ist daher notwendig, zu untersuchen, nach welchen Gesichtspunkten der Begriff der künstlerischen Tätigkeit im Sinne des Beamtenrechtes abgegrenzt werden kann.

B. Künstlerische Tätigkeit in den einzelnen Rechtsgebieten.

1. Im Handels- und Gewerberecht.

Allgemein wird die künstlerische Tätigkeit nicht zum „Gewerbe" im Sinne des Handels- und Gewerberechts gerechnet[11]). Cosak hat früher[12]) bezweifelt, daß die Künstler keine Kaufleute seien. Er begründete seinen Standpunkt mit der Frage, wo denn die „Superiorität" der Künstler gegenüber den Kunstgewerbetreibenden liege.

Diese Ansicht ist später auch von Cosack aufgegeben worden[13]). Ihr ist folgendes Argument entgegenzuhalten: Der Unterschied zwischen dem Kaufmann, auch dem Kunstgewerbetreibenden, und dem Künstler besteht darin, daß bei diesem das Schwergewicht nicht in der rechtsgeschäftlichen Routine, vielmehr in der Auswertung besonderer geistiger Fähigkeiten zu sehen ist[14]).

Daß die Tätigkeit des Künstlers schlechthin als eine „höhere Berufstätigkeit" zu bezeichnen ist, wird bezweifelt[15]). Es wird darauf hingewiesen, daß auch der Kaufmann einen „höheren Beruf" ausübe. Auch die Begründung, daß der Künstler, im Gegensatz zum Kaufmann, nicht hauptsächlich um des Erwerbes willen arbeite, wird

11) Düringer-Hachenburg HGB. 1. Band S. 154; Müller-Erzbach Handelsrecht S. 53; Koenige HGB. S. 7; Landmann-Rohmer GWO. 1. Band S. 45; vgl. Motive zum Entwurf der GWO. von 1868 Sten.Bericht II S. 127 und Preuß. Ausführungsanweisung zur GWO. v. 1. 5. 1904, nach Landmann-Rohmer S. 45; Steinbach GWO. S. 1.

12) Cosack HGB. 7. Auflage 1910 S. 21.

13) Cosack HGB. 12. Auflage 1930 S. 11.

14) Locher Handelsrecht S. 1195.

15) Von Gierke Handelsrecht S. 38.

zurückgewiesen[15]). Denn auch der Kaufmann wolle nicht nur „verdienen".

Eine Widerlegung dieser Ansicht erübrigt sich. Denn auch deren Vertreter kommen zu dem Ergebnis, daß die künstlerische Tätigkeit kein Gewerbe ist. Als entscheidender Grund wird angeführt: Die allgemeine Verkehrsanschauung sehe die Kunst nicht als Gewerbe an; der Grund dafür liege in dem „individuellen Charakter" der Kunst[15]).

Als entscheidend für die Abgrenzung hat man die „Qualität und den ausschließlich künstlerischen Charakter der Leistungen" bezeichnet[16]). Ein „höheres", „wirkliches" „Kunstinteresse" müsse vorliegen. Den Gegensatz dazu bilde das „angebliche Interesse"[16]).

Wenn diese Voraussetzungen erfüllt sind, wird an den verschiedensten Beispielen dargelegt:

Bei der Mitwirkung einer Musikkapelle an Bällen, Banketten und sonstigen Vergnügungen liege kein höheres Interesse der Kunst vor[17]). Das gleiche wird vermutet bei „Leistungen im Umherziehen"[18]). Auch die Umgebung könne das „höhere künstlerische Interesse" ausschließen: Darbietungen an Orten, wo Lärm und Unruhe herrscht[19]).

Als entscheidend werden durchweg angesehen: Die Umstände des Einzelfalls[20]).

Daraus ergibt sich folgendes: Aus der Grenzziehung des Handels- und Gewerberechts kann für die Frage nach dem Vorliegen einer künstlerischen Tätigkeit eine Möglichkeit genereller, begrifflicher Entscheidung nicht entnommen werden. Diese Gesichtspunkte kommen daher nicht in Betracht für die Entschei-

16) Landmann-Rohmer GWO. 1. Band S. 45.

17) Landmann-Rohmer GWO. 1. Band S. 45.

18) Landmann-Rohmer GWO. 1. Band S. 365.

19) Steinbach GWO. S. 58; Landmann-Rohmer GWO. 1. Band S. 366.

20) Landmann-Rohmer GwO. 1. Band S. 365; Steinbach GWO. S. 58; vgl. Preußische Ausführungsanweisung zur GWO. vom 2. 5. 1904 nach Landmann-Rohmer a.a.O.

dung ob eine Nebentätigkeit nach § 11 DBG. genehmigungsfrei ist oder nicht.

2. Im Steuerrecht.

Der Begriff der „künstlerischen Tätigkeit" hat eine umfangreiche Erörterung im Steuerrecht erfahren.

a) Die „reine Kunst" im Gegensatz zur „angewandten Kunst".

Man unterscheidet im Steuerrecht die reine Kunst von der angewandten Kunst. Im gleichen Sinn spricht man von „unmittelbarer" und „mittelbarer" Kunst. Schließlich nennt man die reine Kunst auch „schöpferische" Kunst[21]).

Soweit die genehmigungsfreie künstlerische Tätigkeit im Sinne des Beamtenrechts erörtert wird, kommt man zu folgendem Ergebnis: Diese Tätigkeit deckt sich mit der Ausübung der „reinen" (unmittelbaren, schöpferischen) Kunst im Sinne des Steuerrechts[22]).

Man versteht unter mittelbarer (angewandter) Kunst oder Wissenschaft die Auswertung künstlerischer (wissenschaftlicher) Ergebnisse für das praktische Leben. Dieser Gesichtspunkt ist durchaus einleuchtend etwa für das Beispiel der Heilpraxis oder der Lehrtätigkeit eines Hochschullehrers.

Auch auf dem Gebiete der Kunst scheint es sehr deutlich, festzustellen: Rein künstlerisches Schaffen ist genehmigungsfrei; die Ausübung angewandter Kunst fällt nicht unter die Ausnahmebestimmung des § 11 DBG. und bedarf daher der Genehmigung.

aa) Loslösung von jeder Zweckbestimmung.

Als entscheidendes Merkmal für das Vorliegen einer „rein"künstlerischen Tätigkeit hat man nun bestimmt: Die Loslösung von jeder Zweckbestimmung[23]). Die

---

21) Entsprechendes wird von der Wissenschaft angenommen.

22) So insbes. Fischbach Beamtenänderungsges. S. 49, ders, DBG. S. 91; Brand DBG. S. 161; Schack in Beamtenjahrbuch 1936 S. 101; Scheuer in Bayer. Gemeinde- u. Verwltgsztg. 1934 S. 358.

23) Brand DBG. S. 161.

Kunstwerke müßten lediglich um ihrer selbst willen geschaffen werden[24]).

Diese Formulierung ist theoretisch klar. Sie wird problematisch, wenn man versucht, sie mit den Gegebenheiten der Praxis in Einklang zu bringen. Auszugehen ist von dieser Feststellung: Jede Scheidung in Begriffe ist nur dann zweckentsprechend und wertvoll, wenn dadurch nicht die Welt der Wirklichkeit verkannt oder ihr ein Zwang angetan wird.

Es lassen sich allerdings Fälle denken, auf die eine derartige Abgrenzung der „reinen" Kunst zutrifft: Ein Dichter etwa, der, nur getrieben von dem inneren Bedürfnis, seine Gedanken und Gefühle festzuhalten, zur Feder greift, ein Musiker, der sein inneres Erleben in Töne umgießt, ein Maler, der ergriffen von der gewaltigen Schönheit der Natur, seinen Empfindungen mit Pinsel und Farbe Ausdruck verleiht. Das sind Beispiele von Menschen, die sich der Befriedigung des Schönheitssinnes hingeben, allein um der Kunst selbst willen. Ihr Schaffen kann man als unmittelbare, reine, schöpferische Kunst allenfalls bezeichnen. Ein anderes Beispiel auf dem Gebiete der „reinen" Kunst nennt Fischbach[25]): Die Gutachtertätigkeit in bestimmten Fällen. Ein Beispiel hierfür ist die Tätigkeit von Preisgerichten bei Wettbewerben etwa zur Erlangung von Ideen oder Entwürfen für Bauten usw. Hier ist die Loslösung von irgendeiner Zweckbestimmung sehr deutlich. Es muß daher auch bei engster Auslegung des Begriffes „künstlerisch" die Anwendung des § 11 DBG. bejaht werden. Es handelt sich um ein ganz besonderes Vertrauensverhältnis zwischen dem Veranstalter des Wettbewerbs und den Angehörigen des Preisgerichts. Persönliche Eigenschaften und Verhältnisse spielen dabei eine entscheidende Rolle.

Der Umstand, daß es sich bei den genannten Personen um Beamte handelt, kann und darf keinen Einfluß ausüben. Wollte man diese Tätigkeit irgendwie ein-

24) Fischbach Beamtenänderungsges. S. 49.

25) Fischbach DBG. S. 91.

schränken, so würde man grundlos den Beamten seelisch schädigen. Auch die Volksgesamtheit hat an dieser Art der Kunstbetätigung ein großes Interesse. Es ist daher kein Grund ersichtlich, diese Betätigung irgendwie zu beschränken. Denn ein berechtigtes Interesse einer kleineren oder größeren Anzahl von Personen wird durch diese künstlerische Tätigkeit nicht geschmälert[26]).

Aus dieser Darlegung ergibt sich nun folgendes: Als genehmigungsfreie künstlerische Tätigkeit nach § 11 DBG würde nur diejenige künstlerische Nebenbeschäftigung aufgefaßt, die nur um ihrer selbst willen ohne einen anderen Zweck ausgeübt wird.

In diesem Fall wäre das Anwendungsgebiet des § 11 nur sehr beschränkt. Denn das Erfordernis, daß die Tätigkeit losgelöst sein muß von jeder Zweckbestimmung, ist nur in den seltensten Fällen klar und eindeutig gegeben. Es handelt sich bei § 11 um eine Ausnahmebestimmung[27]). Deshalb müßte im Zweifel das Vorliegen aller der Voraussetzungen nachgewiesen werden, die dieser Bestimmung zugrunde liegen.

Verfolgt man nun die oben erwähnten Beispiele einer unstreitig „reinen" künstlerischen Tätigkeit in diesem Sinne in der Praxis, so ergibt sich folgendes: Der Dichter, der Komponist, der Maler werden ihre Werke nicht schaffen und dann liegen lassen. Wenn es sich um wirklich wertvolle Erzeugnisse handelt, werden die Künstler das durchaus gerechtfertigte Bedürfnis haben, ihr Schaffen der Oeffentlichkeit zugänglich zu machen. Dem Dichter wird am Verlegen seines Werkes gelegen sein, dem Komponisten an der öffentlichen Aufführung, dem Maler am Verkauf, an der Ausstellung oder Vervielfältigung. Und zwar geschieht dies gegen Entgelt, entsprechend allgemein anerkannter und berechtigter Verkehrssitte. Dieses Entgelt stellt einen Erwerb dar. Wie soll nun aber festge-

26) Daß durch die künstlerische Tätigkeit die beruflichen Erfordernisse des Beamten nicht beeinträchtigt werden, wird vorausgesetzt.

27) Siehe oben Seite 12 der Arbeit.

stellt werden, ob dieser Erwerb der Grund war für die Schöpfung des Werkes selbst, ob also das Werk in „Erwerbsabsicht“ geschaffen wurde, also nicht losgelöst von jedem Zweck. Mit dem Begriff des „dilettierenden Ausübens“ einer Kunst (z. B. Gemälde), bei der nur „gelegentlich ein Verkauf der Kunsterzeugnisse stattfindet“ [28]), wird die Frage nicht gelöst. Denn der Verkauf kann nicht nur gelegentlich, sondern auch in der Regel erfolgen.

Nach den bisherigen Erörterungen wäre es nun möglich zu behaupten, daß eine rein künstlerische Tätigkeit überhaupt nicht vorliegen könne, wenn die Absicht des Erwerbes von vornherein bei der Herstellung des Werkes vorhanden war. Dann wäre eben das Haupterfordernis der reinen Kunst nicht gegeben, nämlich die Loslösung von jeder Zweckbestimmung. Wollte man diese Beweisführung anerkennen, so wäre die Voraussetzung der Ausübung der reinen (schöpferischen, unmittelbaren) Kunst: Keinerlei Erwerbsabsicht bei der Schaffung des Werkes und kein Erwerb oder Vorliegen eines Erwerbs, der bei der Schaffung nicht beabsichtigt war. Diese Voraussetzungen müßten nachgewiesen werden. Darnach bliebe § 11 DBG. auf eine äußerst geringe Anzahl von Fällen beschränkt, wie z. B. den des Preisrichters. Praktisch würde der Bestimmung keinerlei Bedeutung zukommen.

Schon dieser Umstand ergibt, daß die Frage, ob eine genehmigungsfreie künstlerische Tätigkeit vorliegt, nicht damit gelöst werden kann, daß es sich um eine „reine“ Kunst handeln müsse, d. h. um eine Tätigkeit, die von jeder Zweckbestimmung, insbesondere von dem Erwerbszweck [29]) losgelöst ist.

Das gleiche folgt aus § 26 des, allerdings jetzt überholten, Reichsbewertungsgesetzes vom 10. 8. 1925. Hier wird der Begriff der „reinen Kunst“ zum ersten Mal erwähnt [30]).

28) Fischbach DBG. S. 91.

29) Entscheidung des POVG. vom 22. 3. 1932 in Reichsverwaltungsbl. 1932/951.

30) Popitz Gewerbesteuerpflicht der freien Berufe S. 160ff.; Raudenbusch Gewerbesteuer der freien Berufe S. 66,

Die freien Berufe hatten sich im allgemeinen mehr und mehr der bei den Gewerbebetrieben üblichen Tätigkeit angepaßt. Sie sollten deshalb damals den ihnen ähnlichen Gewerbetreibenden steuertechnisch angeglichen werden. Jedoch sah man sich zur Vermeidung besonderer Härten veranlaßt, diejenigen Berufe auszunehmen, die der „reinen" Kunst oder der „reinen" Wissenschaft gewidmet waren [31]).

In den Durchführungsbestimmungen vom 25. 5. 1926 zu dem genannten Gesetz definiert der Gesetzgeber in § 9: „Als der reinen Kunst oder der reinen Wissenschaft gewidmet . . . ist ein künstlerischer oder wissenschaftlicher Beruf dann anzusehen, wenn er sich auf schöpferische oder forschende Tätigkeit, Lehr-, Vortrags- und Prüfungstätigkeit beschränkt". Weiter wird u. a. festgestellt: „Bei Künstlern wird die Zurechnung durch den Umstand nicht ausgeschlossen, daß sie selbstgeschaffene Kunstwerke veräußern".

Aus dieser Bestimmung geht hervor, daß nach dem Sinn des Gesetzes die Loslösung von jedem Zweck nicht das entscheidende Merkmal für die reine Kunst sein soll. Denn reine Kunst ist auch die Tätigkeit derer, die Kunstwerke schaffen zum Zwecke der Veräußerung.

bb) Loslösung vom Gebrauchszweck.

Das Fehlen jeder Zweckbestimmung ist somit nicht das entscheidende Kennzeichen für die Abgrenzung der „reinen" von der „angewandten" Kunst.

Als Unterscheidungsmerkmal hat man weiterhin den „Nützlichkeits" oder „Gebrauchs"zweck angesehen. Darnach bezeichnet man als reine Kunst die künstlerische Tätigkeit, die von jedem Nützlichkeits- oder Gebrauchszweck losgelöst ist.

Der Begriff der reinen Kunst des Reichsbewertungsgesetzes von 1925 ist auch in die preußische Gewerbesteuerverordnung in der Fassung vom 17. 4. 1930 übergegangen.

31) Heilfron Reichsbewertungsges. S. 33.

Mit dieser Vorschrift hatte sich das POVG. verschiedentlich zu befassen:

So war z. B. in einer Entscheidung[32]) zu prüfen, ob ein Architekt einen der reinen Kunst gewidmeten Beruf hätte. Das POVG. sieht als Voraussetzung für das Vorliegen der reinen Kunst folgendes an: Es müsse sich lediglich um „eine schöpferische Tätigkeit auf dem Gebiete der Kunst" handeln. Nur die Schaffung von Kunstwerken komme in Frage, die sich als „Ausdruck einer individuellen, künstlerischen Leistung" darstellen. Das wird für ausgeschlossen erachtet, wenn das Kunstwerk nicht wesentlich um seiner selbst willen geschaffen wurde, sondern Gebrauchszwecken dienen soll. Als reine Kunst wird nur eine solche betrachtet, „die lediglich der ästhetischen Darstellung dient, also keine Nützlichkeitszwecke daneben verfolgt; es sei denn daß diese Zwecke hinter der ästhetischen Wirkung völlig zurücktreten".

Mit Recht stellt das Gericht fest, daß die Baukunst unter diesen Begriff nicht fallen kann. Daraus folgt, daß die Tätigkeit eines Architekten grundsätzlich nicht als reine Kunst bezeichnet werden kann. Das POVG. kommt so schließlich zu dem Ergebnis: „Unter die Ausübung der reinen Kunst fällt nicht die Tätigkeit eines Architekten, der durch Anfertigung künstlerischer Entwürfe — gleichviel ob er deren Ausführung überwacht oder nicht — zur Herstellung von Bauten, die Gebrauchszwecken dienen, mitwirkt". Als reine Kunst könnten darnach nur angesehen werden: Entwürfe, die — losgelöst von irgendeinem Zweck — nur eine ästhetische Wirkung erzielen sollen. Dies wird praktisch fast nie der Fall sein. Denn nahezu jeder Entwurf hat die Aufgabe, eine Anschauung von der äußeren Gestaltung der geplanten Bauwerke zu geben. Der Entwurf dient also einem bestimmten Zweck.

Den preußischen Bestimmungen Entsprechendes galt auch für Danzig. Deshalb kam das Danziger OVG. in

32) Entscheidung vom 22. 3. 1932 in Reichsverwaltungsblatt 1932/951.

einer Entscheidung[33]) zum gleichen Ergebnis. Es rechnet unter die reine Kunst in erster Linie die Tätigkeit des Malers und des Bildhauers. „Ihr Beruf ist der reinen Kunst um deswillen gewidmet, weil ihr Schaffen sich in Werken der reinen Kunst betätigt“[33]). Weiterhin wird darauf abgestellt: Die Haupttätigkeit des Architekten bestehe in der Herstellung der Bauvorlagen, der Massen- und Kostenberechnung, der Durcharbeitung der Entwurfs- und Ausführungszeichnung, in der Bauoberleitung, in der Abnahme der Arbeiten und Lieferungen, in der Rechnungsüberprüfung. Das alles seien Arbeiten, „die auch nicht künstlerisch wirkende Baumeister leisten müssen“. Eine Bestätigung dieser Ansicht sei die Gebührenordnung der Architekten.

Aehnlich hat das POVG. in folgendem Fall entschieden:[34])

Ein Professor hat den Lehrstuhl für künstlerische Städtebauten an einer technischen Hochschule inne. Er übt neben dieser amtlichen Tätigkeit den freien Beruf eines Architekten aus. In seiner Eigenschaft als Städtebauer (Herstellung von Bebauungsplänen) fertigt er Entwurfsarbeiten an. Die Durchführung erfolgt — nach seinen Angaben — auf Grund „künstlerischer, wissenschaftlicher und sozialer Gesichtspunkte“. Das Gericht kommt, entsprechend der im preußischen Steuerrecht geltenden Unterscheidung zu dem Ergebnis: Die Tätigkeit ist als angewandte Kunst gewerbesteuerpflichtig.

Man hat nun den Begriff „künstlerisch“ im Sinne des § 11 DBG. identifiziert mit dem Begriff der „reinen Kunst“ im Sinne dieser Gewerbesteuerpraxis[35]). Eine Tätigkeit, die deshalb gewerbesteuerpflichtig ist, weil sie angewandte Kunst ist, kann deshalb auch nicht unter die Ausnahmebestimmung des § 11 DBG. — bezw. die entsprechenden früher geltenden Bestimmungen — fallen.

---

33) Entscheidung vom 15. 10. 1932 in Reichsverwaltungsblatt 1933/157.

34) Entscheidg. v. 18. 10. 1932 in Reichsverwltgsbl, 1933/372.

35) Siehe oben Seite 18 der Arbeit.

D. h. mit anderen Worten auf den vorliegenden konkreten Fall angewandt: Wenn die Tätigkeit des genannten Professors angewandte Kunst (und daher gewerbesteuerpflichtig) ist, so müssen dafür die regelmäßigen Bestimmungen über Nebenbeschäftigung der Beamten gelten.

Deshalb ist folgerichtig, wenn Fischbach feststellt[36]): Für das Aufstellen von Entwürfen in der Baukunst ist Genehmigung erforderlich. Dies gelte für die technischen Beamten, wofür als Beispiele Baumeister und Ingenieure angeführt werden.

Fraglich ist dabei allerdings, was unter einem technischen Beamten zu verstehen ist und welchen Zweck diese Beschränkung verfolgt. Zunächst besteht die Möglichkeit von „technischen" Beamten in diesem Zusammenhang aus folgendem Grunde zu reden: Andere Beamte als solche mit technischer Fähigkeit kämen ja überhaupt nicht in Betracht. Diese Feststellung würde sich als selbstverständlich erübrigen. Denn ein Beamter, der nicht fähig ist, bauliche Entwürfe zu fertigen, wird dies auch nicht tun.

Von größerer Bedeutung ist es, ob es sich um einen Beamten handeln muß, dessen Amtstätigkeit hauptsächlich technisch bestimmt ist. Auf den praktischen Hauptfall auf dem Gebiete der Architektur angewandt, lautet die Frage: Darf ein beamteter Lehrer einer Bauschule, Kunstschule, technischen Lehranstalt oder Hochschule, an einer Akademie usw. ohne Genehmigung architektonische Arbeiten ausführen?

Wollte man nun die Genehmigungspflicht auf den technischen Beamten beschränken, so würden die Genannten als wesentlich nicht technisch, sondern lehrmäßig Tätige überhaupt von jeder gesetzlichen Schranke befreit. Sie würden also eine Sonderstellung genießen. Das entspricht durchaus nicht dem Willen des Gesetzgebers. In den gesetzlichen Bestimmungen wird die mit der Lehrtätigkeit zusammenhängende Gutachtertätigkeit der

36) Fischbach DBG. S. 91; ebenso Schack in Beamtenjahrbuch 1936 S. 101 und Baugilde 1938 S. 241.

Lehrer an öffentlichen Hochschulen besonders genannt (vgl. § 11 DBG.). Dadurch kommt zum Ausdruck, daß diese Personen im übrigen keinerlei Sonderstellung genießen sollen[37]).

Dies ist auch der Standpunkt der Reichskammer der bildenden Künste:

„ . . . eine Sonderstellung erhalten die Lehrer . . . nicht. Sie bleiben, soweit sie Beamte sind, der Beamtengesetzgebung unterworfen, auch hinsichtlich der Bestimmungen über die Nebentätigkeit“[38]).

Als Ergebnis dieser Erörterungen ist somit als herrschende Ansicht[39]) folgendes festzustellen: Genehmigungsfrei ist nach § 11 DBG. die künstlerische Nebenbeschäftigung des Beamten. Darunter ist nur die Betätigung der „reinen Kunst“ zu verstehen. Reine Kunst ist diejenige künstlerische Tätigkeit, die losgelöst ist von jedem Gebrauchs- und Nützlichkeitszweck.

cc) Einwände gegen die Unterscheidung der reinen von der angewandten Kunst.

Die in das Beamtenrecht übernommene Unterscheidung des Gewerbesteuerrechts in „reine“ und „angewandte“ Kunst ist schwerwiegenden Bedenken ausgesetzt.

Schon der Umstand, daß diese Unterscheidung erst im Jahre 1925 durch das Reichsbewertungsgesetz geschaffen wurde, spricht gegen sie. Popitz hat es offen ausgesprochen[40]): Diese Begriffsscheidung, wie sie sich der Gesetzgeber vorstellt, gibt es in der Wirklichkeit nicht.

Man unterscheidet in der Praxis zwischen reiner und angewandter (oder praktischer) Wissenschaft. Beispiele sind Mathematik auf der einen und Nationalökonomie auf der anderen Seite. Hier ist die Unterscheidung eindeutig und verständlich. Die Volkswirtschaft soll im Gegensatz

37) Vgl. dazu auch Fischbach Beamtenänderungsges. S. 50.

38) Mitteilung der Reichskammer der bildenden Künste an den Verfasser durch die Schriftleitung der Baugilde vom 28. 4. 1938.

39) Vgl. Boyens in Reichsverwaltungsbl. 1936/374.

40) Popitz Gewerbesteuerpflicht der freien Berufe S. 160 ff.

zur Mathematik unmittelbar auf die Erfordernisse des praktischen Lebens „angewandt“ werden.

Allerdings gibt es gewisse Arten der künstlerischen Tätigkeit, bei denen dieser Zweck der „Anwendung“ klar in Erscheinung tritt. Vor allem ist dies weitgehend in der Baukunst der Fall. Man müßte daher meinen, daß die Anhänger der Unterscheidung zwischen reiner und angewandter Kunst darin einig sind, die Tätigkeit des Architekten als angewandte Kunst zu bezeichnen[41]). — Dies trifft jedoch nicht zu! So zählt Koch[42]), der die Unterscheidung anerkennt, den Architekten zu den „Künstlern“, unter denen er nur die in der „reinen Kunst“ Tätigen versteht.

Bei dieser Betrachtung entsteht die Frage, ob es überhaupt eine „angewandte Kunst“ gibt. Wortlaut und Begriffsbestimmung spricht dafür, daß die Baukunst darunter fällt. Trotzdem muß Koch Recht gegeben werden, wenn er das ablehnt. Die Gründe dafür sind folgende:

Selbst das POVG., das mit der Unterscheidung arbeitet, spricht von der „ungewöhnlichen Schwierigkeit der Auslegung und Anwendung des Begriffes „ „reine“ “ Kunst“[43]). Nur der Umstand, daß der Gesetzgeber im Reichsbewertungsgesetz und in der preußischen Gewerbesteuergesetzgebung zwingend diese Unterscheidung festsetzt, veranlaßt das Gericht zu ihrer Anerkennung[43]).

Die Unterscheidung kann nicht als bestimmt und deutlich angesehen werden. Sie stellt aber auch ein Werturteil dar.

Das zeigt sich, wenn man den objektiven Begriff „reine und angewandte Kunst“ subjektiv wendet.

Hier stehen sich nun gegenüber: Derjenige, der die „reine“ Kunst ausübt und derjenige der die „angewandte“ Kunst betreibt. Das sprachliche Gefühl sieht einzig und allein in dem ersten den „Künstler“ schlechthin.

---

41) So Boyens in Reichsverwaltungsbl. 1931/548.

42) Koch Umsatzsteuergesetz S. 57.

43) Entscheidung vom 30. 5. 1934 in Reichsverwaltungsblatt 1934/206.

Dazu kommt noch, daß oft unter „angewandter Kunst“ das Kunsthandwerk oder das Kunstgewerbe verstanden wird.

Wendet man die Begriffe so an, wie sie in der Wirklichkeit gebraucht werden, so muß man deshalb zu dem Ergebnis kommen, daß auch die Baukunst als „Kunst“ oder „reine Kunst“ anzusehen ist. Die Ansicht, die der Architektur die Eigenschaft als „Kunst“ abspricht, bedarf weder einer Erörterung noch einer Widerlegung.

Allerdings hat man es einmal fertig gebracht, den Architekten generell vom Künstler zu trennen: In der Braunschweigischen Gewerbesteuerverordnung von 1931 wurden die „freien Berufe“ den „Künstlern“ gegenüber gestellt. Der Architekt wurde als Beispiel eines Angehörigen der freien Berufe genannt. Damit wurde seine Künstlereigenschaft ausgeschlossen. Durch diese verunglückte Formulierung gezwungen, konnte der Reichsfinanzhof in eine Prüfung, ob der Architekt Künstler sei, gar nicht eintreten [44]).

Der Standpunkt dieser Braunschweigischen Bestimmung ist die letzte Folgerung der Unterscheidung in reine und angewandte Kunst, wenn man sie sprachlich richtig sieht.

Daß es sich bei der Unterscheidung um ein Werturteil handelt, tritt noch deutlicher in Erscheinung, wenn man statt „reine“ Kunst den Ausdruck „schöpferische“ Kunst setzt [45]). Um die Unterscheidung zu retten, vertritt das POVG. den Standpunkt, die Bezeichnung „schöpferisch“ sei dem Urheberrecht entnommen. Es werde dadurch lediglich eine originelle künstlerische Idee bezeichnet. Der Grad der künstlerischen Leistung und ihr Wert sei dabei in keiner Weise angedeutet [46]). Juristisch kann man diese Folgerungen anerkennen. In der praktischen Wirklichkeit stoßen sie auf einen unüberwind-

44) Urteil vom 23. 10. 1934 in JW. 1935/469.

45) Siehe oben Seite 18 der Arbeit.

46) Entscheidung vom 22. 3. 1932 in Reichsverwaltungsblatt 1932/951.

lichen Widerstand zum mindesten des Künstlers[47]). Bezeichnend für die Aufnahme der Ansicht des POVG. in Künstlerkreisen ist die Meinung des beschwerdeführenden Architekten in dem angeführten Urteil: Mindestens die wahren Künstler unter den Architekten, zu denen er zähle, müßten zu den Ausübenden der „reinen Kunst" gerechnet werden.

Dieser Standpunkt der Künstlerschaft ist berechtigt. Das zeigt sich eindeutig, wenn man die Folgerungen des POVG. negativ betrachtet:

Darnach wäre die Ausübung der „angewandten Kunst" keine „schöpferische" Tätigkeit. Man fragt nun in der Praxis nicht darnach, was schöpferisch im Urheberrecht zu bedeuten hat[48]). Vielmehr steht und fällt jede „Kunst" schlechthin mit der Eigenschaft „schöpferisch". Eine Kunst, die nicht schöpferisch ist, gibt es nicht.

Bei der Prüfung dieser Angriffe auf die Unterscheidung reine Kunst: angewandte Kunst ist zunächst folgendes festzustellen: Die Angriffe werden von Personen erhoben, bei denen sich die Unterscheidung in einer steuerlichen Belastung auswirkt. Rechnete man etwa den Architekten zu den Ausübenden der reinen Kunst, so wäre er nach den in Frage kommenden Bestimmungen gewerbesteuerfrei. Rechnet man dagegen seine Tätigkeit zur angewandten Kunst, so ist er gewerbesteuerpflichtig.

Es ist nun eine bekannte Tatsache, daß sich jedermann gegen eine steuerliche Belastung — zumal, wenn sie neu ist — zur Wehr setzt. Diesen seinen Standpunkt sucht er mit den verschiedensten Beweismitteln zu bekräftigen.

Nicht zu erörtern ist in diesem Zusammenhang, ob die Gewerbesteuerpflicht der freien Berufe, der Künstler insgesamt oder eines Teils derselben gerechtfertigt ist

47) Vgl. den vom POVG. in seiner Entscheidung vom 18. 10. 1932 in Reichsverwaltgsbl. 1933/372 angeführten Artikel: „Der Architekt und die Gewerbesteuer" von H. Poelzig in Baugilde 1932 S. 759 ff.

48) Dabei kann dahingestellt bleiben, ob der Ausdruck „schöpferisch" in der angegebenen üblichen Bedeutung im Urheberrecht angebracht ist.

oder nicht. Zu prüfen ist vielmehr die Frage, ob die vorgebrachten Gesichtspunkte, die primär einen steuerlichen Zweck verfolgen, auf die Unterscheidung reine: angewandte Kunst schlechthin zutreffen.

Diese Frage muß bejaht werden aus folgenden Gründen:

Die Unterscheidung wurde erst 1925 durch ein Gesetz, also künstlich von oben her, geschaffen. In der Praxis wird das Vorhandensein einer „angewandten" Kunst mit Recht vielfach geleugnet. Das POVG., das in seiner Rechtsprechung die Unterscheidung vertritt, tut dies nur, weil es durch die gesetzlichen Vorschriften dazu gezwungen ist. Die Unterscheidung schafft wenn auch nicht juristisch, so doch praktisch ein Werturteil. Dieses ist umso weniger gerechtfertigt, als dadurch die Baukunst, die Königin der Künste, in ihrem Ansehen beeinträchtigt wird. Sie kommt nämlich in den Verdacht, als „angewandte" Kunst eine Kunst geringeren Ranges zu sein, als etwa die Malerei, die als reine Kunst anerkannt wird. Dies ist mit der heutigen hohen Auffassung der Baukunst unvereinbar.

Die Unterscheidung der Kunst in eine reine und eine angewandte unterliegt somit schwerwiegenden Bedenken. Das mus sich auch auswirken auf die zu erörternde Frage: Ist künstlerische Tätigkeit im Sinne der Bestimmungen über die Nebenbeschäftigung des Beamten gleichzusetzen der „reinen Kunst" im Sinne des Gewerbesteuerrechts?

Entgegen der herrschenden Meinung ist die Frage zu verneinen!

Das Beamtenrecht, insbesondere auch das DBG. spricht nur von „künstlerischer Tätigkeit". Es kennt nicht den Ausdruck „reine Kunst".

Es ist kein Grund ersichtlich, eine im Gewerbesteuerrecht vom Gesetzgeber geschaffene verfehlte Begriffsformulierung in das Beamtenrecht zu übernehmen.

b) Die Unterscheidung nach der Vorbildung und dem künstlerischen Wert der einzelnen Gegenstände.

Auch im Umsatzsteuerrecht tritt die Frage in Erscheinung, was unter künstlerischer Tätigkeit zu verstehen ist. Allgemein wird hier die Unterscheidung in reine und angewandte Kunst abgelehnt. Diese Ablehnung wird häufig damit begründet, daß sich diese Unterscheidung aus dem Umsatzsteuerrecht nicht ableiten lasse[49]).

Zur Abgrenzung der künstlerischen Tätigkeit bedient sich das Umsatzsteuerrecht einer anderen Unterscheidung. Künstlerische Tätigkeit liegt darnach vor unter folgenden Voraussetzungen:[50])

Der Ausübende muß ein „Künstler" sein. D. h. er muß eine, seinem Beruf entsprechende, abgeschlossene, vollwertige Vorbildung aufweisen.

Es erscheint zweifelhaft, ob schon die Tatsache der akademischen Vorbildung allein die Vermutung der Künstlereigenschaft rechtfertigt.

Die Vermutung des Vorliegens einer wissenschaftlichen Tätigkeit kann zwar bei einem Akademiker anerkannt werden. Künstlerische Fähigkeit dagegen ist doch im wesentlichen angeboren und nicht zu erlernen.

Dem kann man allerdings entgegenhalten: Ein gewisses Mindestmaß angeborener, künstlerischer Fähigkeit sei Voraussetzung einer erfolgreichen, akademischen Vorbildung auf dem Gebiete der Kunst. Dieser Gesichtspunkt muß — zum mindesten als richtunggebend — anerkannt werden.

Fehlt die Voraussetzung der Vorbildung, so muß der Betreffende im Umsatzsteuerrecht seine Künstlereigenschaft nachweisen; dies trifft in der Praxis jeden nicht akademisch gebildeten Künstler.

Bei der Nachprüfung soll zwar nur die persönliche Befähigung untersucht werden. Trotzdem läßt sich die

49) Vgl. Entscheidungen des RFH. Bd. 21 S. 197, 25/202, 33/158, 34/199, 38/346, 39/258, Urteil vom 20. 10. 1933 in JW. 1934/189; vgl. auch Deutsche Bauzeitung 1934 S. 332.

50) Entscheidungen des RFH. 21/197, 25/202, 33/158.

Nachprüfung nur ermöglichen durch einen Rückschluß aus dem künstlerischen Wert der Leistungen. Dies soll geschehen unter Umständen durch Heranziehung von Sachverständigen. Hauptgesichtspunkt für die Beurteilung ist: Läßt die Tätigkeit nur die Anwendung „erlernbarer, handwerklicher Regeln" erkennen oder weist sie auch „eigenschöpferische Gestaltungskraft" auf[51]). Eine Beschränkung auf bestimmte Objekte wird abgelehnt[52]). Auch der schlichteste Nutzbau biete dem Künstler Gelegenheit zur Entfaltung seiner schöpferischen Fähigkeiten. Diese kämen z. B. in der Raumwirkung und in der Anpassung an die Umgebung zum Ausdruck. Auch die enge Verknüpfung mit technischen und kaufmännischen Leistungen ändere nichts an der künstlerischen Tätigkeit. Diesem Gesichtspunkt ist zu folgen. Denn jede höhere geistige Betätigung gegen Entgelt ist heute mit mechanischen Arbeiten verknüpft. Dafür werden als Beispiele angeführt: Das Farbenreiben beim Maler, die Tätigkeit des Steinmetzen beim Bildhauer. Wenn der Künstler diese Tätigkeiten selbst ausführt, verliert er dadurch nicht seine Künstlereigenschaft[52]).

Diese weite Ausdehnung der Gegenstände einer künstlerischen Tätigkeit ergibt: Die Grenzen dieser Begriffsbestimmung sind sehr flüssig. Eine deutliche Unterscheidung wird man so nicht gewinnen können. Dies zeigt auch das Erfordernis, Sachverständige zuziehen zu müssen.

c) Die Unterscheidung nach dem Vorliegen eines „ästhetischen" Ueberschusses.

Nach ähnlichen Gesichtspunkten wird die künstlerische Tätigkeit abgegrenzt im früheren Gewerbesteuerrecht Preußens, vor der erwähnten Gewerbesteuerverordnung vom 17. 4. 1930[53]).

51) Entscheidung des RFH. 25/202; Deutsche Bauzeitung 1934 S. 332.

52) Entscheidung des RFH. 34/108; vgl. auch Entscheidg. des RFH. 38/346.

53) Entscheidung des POVG. vom 30. 9. 1930 in Reichsverwaltungsbl. 1931/234.

Hier stellt man jedoch noch ein weiteres Erfordernis auf, und zwar eine objektive Voraussetzung: Das Werk selbst muß eine „künstlerische Schöpfung" z. B. ein „Werk der Baukunst d. h. einer wirklichen Kunst im höheren Sinne" darstellen[54]).

Wann diese Voraussetzungen erfüllt sind, läßt sich mit Bestimmtheit allgemeingültig nicht feststellen. Auch ein, praktischen Zwecken dienendes, Bauwerk kann die Voraussetzungen erfüllen. Es wurde gefordert das Hinzukommen eines derartigen „ästhetischen Ueberschusses", „daß nach der im Leben herrschenden Anschauung von „Kunst" gesprochen werden könne"[54]).

Den Wert dieser Unterscheidung kann man daraus erkennen: Schließlich wurden auch Warenhäuser, Fabrikgebäude, landwirtschaftliche Gebäude, Miethäuser und dergl. als „Werke der Baukunst in einem höheren Sinne" angesehen[55]).

Bezeichnend ist folgende Begründung der Gewerbesteuerfreiheit eines Architekten: Inwieweit die Entwürfe im einzelnen „künstlerisch" sind, bleibe dahingestellt. Bei der Verschiedenheit der Geschmacksrichtungen werden die Urteile über den Begriff „künstlerisch" immer verschieden sein[56]). So das Urteil einer Instanz, die über die Frage entscheidet. Hier zeigt es sich deutlich: Die Forderung nach dem Vorhandensein eines „ästhetischen" Ueberschusses des Werkes einer „wirklichen Kunst in einem höheren Sinne" bringt zwar neue Begriffe, bzw. alte Begriffe werden umgewandelt. Für die praktische Entscheidung aber können diese Begriffsbestimmungen nicht genügen.

Das kommt noch deutlicher zum Ausdruck in dem Eingeständnis des POVG: Die Steuerbehörde selbst habe nicht die Aufgabe, künstlerische Werturteile zu fällen. Sie

54) Entscheidung des POVG. vom 20. 12. 1927 in JW. 1929/543; Boyens in Reichsverwaltungsbl. 1930/271.

55) Vgl. die Entscheidungen des POVG. vom 30. 9. 1930 in Reichsverwaltungsbl. 1931/234 und vom 22. 3. 1932 in Reichsverwaltungsbl. 1932/951.

56) Deutsche Bauzeitung 1929 S. 28.

solle geeignete Sachverständige heranziehen und nach deren Gutachten die Entscheidung treffen[57]).

Es wird also zugegeben, daß der Jurist nicht generell entscheiden kann, wenn eine künstlerische Tätigkeit vorliegt. Damit räumt man ein, daß die begriffliche Unterscheidung nach dem Vorliegen eines „ästhetischen Ueberschusses" eine deutliche Abgrenzung in der Praxis nicht gewährleistet.

Auch nach dem bayerischen Gewerbesteuerrecht war die künstlerische Tätigkeit steuerfrei[58]). Als Kennzeichen für das Vorliegen einer derartigen künstlerischen Tätigkeit verlangte man: Die Tätigkeit muß höheren Zielen und Anforderungen zu entsprechen suchen[59]). Als Beispiele werden genannt: Bildhauer, Maler und Architekten![60]). Letztere gelten dann nicht als „Künstler", wenn sie als Bauunternehmer auftreten. Dieser Einschränkung kann unbedenklich beigetreten werden.

Im übrigen wird festgestellt:[59]) Wann eine Tätigkeit „höheren Zielen und Anforderungen zu entsprechen suche", müsse von Fall zu Fall entschieden werden. Damit kommt der Verzicht zum Ausdruck auf eine allgemeine Begriffsunterscheidung.

C. Kritik der begrifflichen Abgrenzung.

Zusammenfassend kann über die Erörterungen des Begriffes „künstlerische Tätigkeit" besonders im Steuerrecht somit folgendes festgestellt werden:

Eine einheitliche Begriffsbestimmung ist nicht gegeben. Keiner der im Steuerrecht aufgestellten begrifflichen Abgrenzungen kann beigetreten werden. Denn die einzelnen Unterscheidungen sind entweder lebensfremd: reine Kunst: angewandte Kunst! Oder sie sind undeut-

57) Entscheidung vom 30. 9. 1930 in Reichsverwaltungsblatt 1931/234.

58) Vgl. z. B. Art. 1 des Bayer. Gewerbesteuerges. vom 9. 7. 1926.

59) V. Breunig Bayer. Gewerbesteuerges. S. 170.

60) V. Breunig Bayer. Gewerbesteuerges. S. 171, 172; Schäfer Die bayerische Gewerbesteuer S. 4.

lich: Vorbildung des Künstlers und künstlerischer Wert der Gegenstände! Oder aber sie vereinigen sogar diese beiden Eigenschaften: ästhetischer Ueberschuß!

Hierzu kommt noch folgendes: Für alle Begriffsbestimmungen im Steuerrecht ist in erster Linie maßgebend der Steuerzweck. Er liegt einerseits in der Erzielung von Einnahmequellen, andererseits in einer möglichst gerechten Verteilung der Steuerlast. Das bedeutet auf die Steuerfreiheit der künstlerischen Tätigkeit angewandt: Die Steuer darf sich nicht in einer Behinderung und Hemmung der künstlerischen Tätigkeit auswirken[61]).

Diese Erkenntnis muß richtungsweisend sein auch für die Untersuchung der Abgrenzung der künstlerischen Tätigkeit im Beamtenrecht. Nicht begrifflich ist die Unterscheidung zu ziehen, wann eine künstlerische Tätigkeit vorliegt. Maßgebend muß vielmehr sein: Welchen Zielen soll die Genehmigungsfreiheit der künstlerischen Nebenbeschäftigung des Beamten dienen? Diese Ziele sind ganz andere, als sie die Bestimmungen im Handels-Gewerbe- oder Steuerrecht verfolgen.

III. Die Abgrenzung nach dem Zweck des Gesetzes.

A. Die übliche Begründung der Ausnahmestellung der künstlerischen Nebenbeschäftigung.

Die Bestimmung des § 11 DBG. — bzw. der entsprechenden früheren Vorschriften — wird im allgemeinen folgendermaßen begründet: Es liege im allgemeinen öffentlichen Interesse, daß die Erfahrungen, die der Beamte auf seinem Arbeitsgebiet sammelt, der breiteren Oeffentlichkeit zugute kommen[62]).

Diese Begründung ist stichhaltig, soweit sie die schriftstellerische, wissenschaftliche oder Vortragstätigkeit betrifft. Allein für die Kunstausübung kann sie nicht genügen.

61) Vgl. z. B. Entscheidung des RFH. 34/108; Senf in JW. 1926/34; Boyens in Reichsverwaltungsblatt 1936/374.

62) Siehe die in Anmerkung 3) S. 12 der Arbeit genannten Schriftsteller; ferner Scheuer in Bayer. Gemeinde- u. Verwaltungsztg. 1934 Sp. 357; Seel in DJZ. 1933 Sp. 940.

Denn durch diese Tätigkeit werden in erster Linie nicht die gesammelten Erfahrungen und Erkenntnisse der Allgemeinheit zwecks weiterer Anwendung zugänglich gemacht. Daß derartige Formulierungen für die Kunst nicht zutreffen, bedarf keiner weiteren Erörterung. Freilich kommt die künstlerische Betätigung auch der Umwelt „zugute"; allein niemals kann der (materielle) Nutzen etwa den Wert oder das Wesen einer Kunst bestimmen[63]).

B. Die Abgrenzung nach den einzelnen Interessenkreisen.

Der wirkliche Zweck der Genehmigungsfreiheit der künstlerischen Nebenbeschäftigung des Beamten zeigt sich, wenn man die Interessen untersucht, welche durch diese Tätigkeit berührt werden.

1. Keinerlei Interessenschädigung durch gewisse eng begrenzte Tätigkeit.

Eine Betrachtung nach den in Frage kommenden Interessen ergibt ohne weiteres:

Bestimmte Tätigkeiten auf dem Gebiete der Kunst liegen vollkommen in der persönlichen Sphäre des einzelnen. Hierfür ist die Beamteneigenschaft des Betreffenden völlig oder doch größtenteils ohne irgendwelchen Einfluß. Weder der Staat als Dienstherr des Beamten noch die Allgemeinheit oder irgendwelche Personenkreise können ein Interesse daran haben, den Beamten in einer solchen Tätigkeit irgendwie zu beschränken. Dabei ist zu denken an eine künstlerische Tätigkeit, die nur höchstpersönlichen Zwecken dient oder einem kleinen Kreis von Personen gewidmet ist, die durch Verwandtschaft oder Bekanntschaft (Freundeskreis) zusammengehalten werden. Hiefür gesetzliche Beschränkungen zu treffen wäre unbillig und unverständlich.

Einer Erörterung bedarf daher nur diejenige künst-

63) Demgegenüber ist die wissenschaftliche Tätigkeit usw. im Sinn des § 11 DBG. größtenteils auf Vermittlung bestimmter Kenntnisse gerichtet. Dies trifft vor allem auf die Fachschriftstellerei zu. Näheres s. Brand DBG. S. 161.

lerische Tätigkeit, durch die der Beamte — von einem derartig eng begrenzten Personenkreis abgesehen — in Beziehungen zu anderen Personen tritt oder ihre Interessen beeinflußt.

2. Das Interesse des Beamten, des Staates als Dienstherrn und der Allgemeinheit.

Für die Begründung der Ausnahmestellung der künstlerischen Nebenbeschäftigung sind von großer Bedeutung Erwägungen, wie sie Fischbach[64]) andeutet: Die künstlerische Tätigkeit schlechthin liege mehr in der persönlichen Sphäre. Sie habe daher überhaupt mit der Beamteneigenschaft wenig oder gar nichts zu tun. Aus diesem Grunde wäre die Unterwerfung unter eine behördliche Genehmigungspflicht unbillig.

Dies ist in der Tat der entscheidende Gesichtspunkt! Denn für die künstlerische Nebenbeschäftigung des Beamten gelten in erhöhtem Maße die gleichen Erwägungen, wie für die Einführung der Genehmigungspflicht anstelle eines generellen Verbotes[65]). Vor allem ist zu betonen, daß jede (außeramtliche) künstlerische Tätigkeit die Schaffenskraft in erheblicher Weise stärkt. Dies trifft für jede künstlerische Tätigkeit zu. Das geht deutlich aus folgendem Beispiel hervor:

Ein Architekt übt innerhalb seines Amtes hauptsächlich eine mehr mechanische Tätigkeit aus (Ausarbeitung von Entwürfen, Bauleitung, Abrechnung). Seine Leistungsfähigkeit — auch in seiner Amtstätigkeit — wird wesentlich gesteigert, wenn er außeramtlich eine schöpferische Tätigkeit entfalten kann. Dies kann geschehen durch Herstellung von Entwürfen, Skizzen und sonstigen Planungen. Auch eine außeramtliche Tätigkeit auf einem anderen Berufszweig, der hauptberuflich nicht erfaßt wird, erhält und stärkt die Leistungsfähigkeit. Ein Architekt ist etwa innerhalb seiner Amtstätigkeit hauptsächlich mit Instandsetzungsarbeiten öffentlicher Gebäude befaßt. Wenn

64) Fischbach DBG. S. 90.

65) Siehe oben S. 8 ff. der Arbeit.

er nun eine Nebentätigkeit auf dem Gebiete der Städteplanung oder des Entwurfes für Neubauten ausübt, wird dadurch seine Schaffenskraft auch in seinem amtlichen Aufgabenkreis weitgehend erhöht. Gleiches gilt für den Maler, Bildhauer usw.[66]).

Die Nebenbeschäftigung liegt also sowohl im Interesse des Beamten wie des Staates als Dienstherr. Darüber hinaus ist folgendes festzustellen: Gewisse Beamte erhalten ihre Anstellung gerade mit Rücksicht auf die von ihnen erwartete künstlerische Tätigkeit, wie etwa Maler und Bildhauer als Professoren auf Kunstakademien[67]). Durch die Beamteneigenschaft soll ihnen die Lebensgrundlage für ihre Schaffenskraft in materieller Hinsicht gesichert werden. Ihre Lehrtätigkeit ist also verhältnismäßig von geringerer Bedeutung[68]).

Dieser Gedanke zeigt, daß die Interessen des Beamten, des Staates als Dienstherrn und die Belange der Allgemeinheit in gleicher Linie laufen. Denn die Volksgemeinschaft hat ein erhebliches Interesse daran, daß die Schaffung von Kunstwerken gefördert wird[69]).

Als weiterer Gesichtspunkt kommt hinzu: Dem Beamten muß die Fühlung mit dem praktischen Leben erhalten bleiben. Dies kommt in der juristischen Literatur allerdings nur bei der Besprechung der Nebentätigkeit beamteter Aerzte zum Ausdruck[70]). Die Zulässigkeit seiner Privattätigkeit wird u. a. damit begründet, daß er mit den Fortschritten auf dem Gebiet der Heilkunde Schritt halten müsse. Gleiches gilt auch für den Künstler.

Nicht durchdringen kann dagegen folgender Einwand:

66) Der Vergleich zeigt wieder die Unbrauchbarkeit der üblichen Unterscheidung in reine und angewandte Kunst. Aus diesem Grunde wurde das Beispiel des Architekten gewählt.

67) Piloty in Archiv des öffentlichen Rechts Band 33 S. 28.

68) Deshalb lehnt Piloty auch die Bezeichnung „Neben"tätigkeit ab, s. oben S. 11 der Arbeit. Aehnlich ist ja auch das Verhältnis der Forschung u. Lehrtätigkeit d, Universitätsprofessors schlechthin.

69) Gleichgültig ist es, ob es sich um Werke der Malerei, Plastik oder Baukunst handelt.

70) Fischbach DBG. S. 91.

Die Fühlungnahme mit dem praktischen Leben und seiner Weiterentwicklung könne nur auf technischem Gebiet liegen. Für den Künstler sei sie von untergeordneter Bedeutung. — Denn eine Grenze zwischen Technik und Kunst zu ziehen bei der Tätigkeit des Malers, des Bildhauers oder des Architekten, ist nur eine Angelegenheit des weltfremden Theoretikers. Gerade die vollendete Beherrschung der Technik schafft erst die Voraussetzung für eine wahrhaft künstlerische Tätigkeit. Dafür sind die Werke großer Künstler auf allen Gebieten der beste Beweis. Die künstlerische Nebenbeschäftigung dient also den Belangen des Beamten, des Staates und der Allgemeinheit.

Dies trifft aber nur innerhalb gewisser Grenzen zu! Diese werden auf der einen Seite durch das Aufgabengebiet des Beamten in seinem Amt selbst dargestellt. Für die Erfüllung dieser Pflichten ist durch den Behördenaufbau genügend Sorge getragen. Eine allgemeine Grenze läßt sich nicht festlegen. Dies ist vielmehr die Aufgabe des jeweiligen Dienstvorgesetzten. Es ist das auch der Standpunkt des Gesetzgebers. Er kommt in § 11 DBG. zum Ausdruck: Die dienstliche Verantwortlichkeit des Beamten bleibt unberührt; es ist Pflicht des Dienstvorgesetzten, Missbräuchen entgegenzutreten.

3. Das Interesse der freien Künstler.

Eine weitere Abgrenzung der privaten künstlerischen Tätigkeit des Beamten ist aus einem anderen Gesichtspunkte vorzunehmen: Die Belange der freien Künstlerschaft!

Bei der Erörterung der Einwirkung der privaten künstlerischen Tätigkeit des Beamten auf die Stellung des freien Künstlers muß gleich zu Beginn folgendes festgestellt werden: Diese Frage wird in der Literatur überhaupt nicht erwähnt oder nur ganz kurz gestreift. Dies ist durchaus nicht berechtigt. In der Praxis zeigt sich nämlich, daß die private künstlerische Tätigkeit des Beamten oft die Lebensgrundlage des frei schaffenden Künstlers gefährdet oder erheblich einschränkt. Mit Recht

stellt Fischbach[71]) fest: Im Rahmen des § 11 DBG. komme dem Motiv des Verbotes der Konkurrenz gegenüber den freien Berufen in der Praxis große Bedeutung zu. Jedoch stellt Fischbach lediglich auf den technischen Beamten ab. Er begrenzt also seine Feststellung auf technische Gebiete der künstlerischen Tätigkeit, vor allem auf den Beruf des Architekten. Diese Einschränkung ist nicht berechtigt:

Die Frage hängt eng zusammen mit dem Problem des Doppelverdienertums. Dieses wird in der juristischen Literatur eingehend erörtert bei der Besprechung der wirtschaftlichen Nebenbeschäftigung des Beamten[72]). In dieser Beziehung war zu Zeiten der Arbeitslosigkeit das Doppelverdienertum gewiß ein wichtiges Problem. Heute ist aber an Stelle des „Arbeits"mangels der „Arbeiter"mangel getreten. Damit hat auch die Frage des Doppelverdienertums ihre Bedeutung verloren[73]), soweit es sich um eine Nebenbeschäftigung handelt.

Auch im Beruf des Architekten ist das Problem heute nicht mehr dringend. Infolge der gigantischen Baupläne des Dritten Reiches und vor allem infolge der Aufrüstung ist heute sogar ein Mangel an Architekten festzustellen.

Im übrigen ist auf dem Gebiete der künstlerischen Tätigkeit jedoch die Frage vorerst noch nicht gelöst. Denn hier herrscht noch immer ein beträchtlicher Mangel an Arbeit. Eine große Anzahl von Künstlern, besonders Malern, Bildhauern, Musikern, hat heute noch einen so

---

71) Fischbach DBG. S. 91.

72) Brand DBG. S. 159; Beamtenreichsrecht S. 90; Schack in Beamtenjahrbuch 1936 S. 94; v. Bremen in Zeitschrift f. Beamtenrecht 1933 S. 151; Fischbach Beamtenänderungsges. S. 41; vgl. auch Bekanntmachung des Bayer. Gesamtministeriums v. 16. 6. 1932 in Bayer. Gemeinde- u. Verwaltungszeitung 1932 Sp. 539; Bekanntmachung d. Staatsmin. f. Unterr. u. Kultus ebenda Sp. 571; Schütze in Reichsverwaltungsbl. 1932/208.

73) Deshalb lehnt auch die nationalsozialistische Tageszeitung „Der Angriff" (1938, Nr. 77) den Begriff des Doppelverdienertums für heute ab u. spricht vielmehr von „Doppelarbeiter".

geringen Verdienst, daß er kaum zum Leben reicht. Obwohl sich die Verhältnisse durch die großzügige Hilfe von Partei und Staat schon wesentlich gebessert haben, ist die wirtschaftliche Lage der betreffenden Künstler noch nicht befriedigend.

Gerade bei den Malern, Bildhauern und Musikern greift deshalb die genehmigungsfreie Nebenbeschäftigung des Beamten auf diesen Gebieten sehr stark in die wirtschaftlichen Interessen ein.

Neben diesen materiellen Interessen des freien Künstlers darf die ideelle Seite der Frage nicht übersehen werden. Dies gilt bis zu einem gewissen Grade auch noch heute für den Architekten. Es handelt sich dabei um folgendes:

Wie bekannt, ist die Urteilsfähigkeit des großen, besonders des kaufkräftigen, Publikums über Kunstwerke sehr gering. Es ist daher keine Seltenheit, daß Kunstwerke nur, oder fast nur, deshalb gekauft werden, weil sie von einem Mann stammen, der einen gut klingenden Titel hat, wie z. B. „Professor" usw. Es soll die besondere Fähigkeit dieser Künstler nicht angezweifelt werden; aber es ist festzustellen: Manches Gemälde, manche Plastik wurde nur deshalb erworben, weil das Werk von einem „Professor" stammte.

Das wirkt sich nicht nur auf den Geldbeutel der übrigen Künstlerschaft aus, sondern auch auf ihre Schaffenskraft. Denn der Künstler lebt nicht nur vom Brot, sondern noch vielmehr von der Anerkennung seiner Leistung. Große Aufträge, etwa auch bedeutende Bauvorhaben, werden nun bevorzugt an beamtete Künstler vergeben im Wege privaten Dienstvertrages. Nur die Ausführung der Einzelheiten oder die Durchführung der weniger umfangreichen Aufgaben überträgt man häufig der übrigen Künstlerschaft. Das muß sich nachteilig auch auf deren Schaffenskraft auswirken.

Freilich wird man nun einwenden, daß eben nur der wahrhaft große Künstler auch „Professor" usw. wird.

Ihm allein können deshalb nnr die großen Aufträge anvertraut werden.

Selbst wenn man diese Beweisführung anerkennt, darf eines nicht übersehen werden: Gerade der Künstler wächst mit seiner Aufgabe[74]).

Ein Architekt z. B., der immer nur Umbauten und Instandsetzungsarbeiten auszuführen hat, kann eben nicht seine Fähigkeiten voll entwickeln. Aus dieser seiner gewöhnlichen Tätigkeit kann nicht geschlossen werden, daß er unfähig ist, große Bauten zu verwirklichen.

Allerdings besteht infolge der geringen Zahl großer Planungen nicht die Möglichkeit, etwa alle Künstler des betreffenden Faches oder auch nur einen bedeutenden Teil heranzuziehen.

Trotzdem darf es nicht verkannt werden: Für den Beamten ist seine private künstlerische Beschäftigung eben doch nur eine Nebentätigkeit, im Gegensatz zur hauptberuflichen des freien Künstlers. Dieser Gesichtspunkt muß Platz greifen, auch bei der Tätigkeit von Professoren an Kunstakademien usw.

Die entscheidende Bedeutung der Konkurrenz gegenüber den freien Künstlern ist auf dem Gebiete der musikalischen Nebenbeschäftigung des Beamten schon frühzeitig zum Durchbruch gekommen. Maßgebend waren die Richtlinien der Reichsregierung über Musikausübung durch Reichsbeamte vom 1. 11. 1929[75]). Sie stellen eine Neufassung dar der Bestimmungen vom 5. 8. 1927[76]). Diese Richtlinien sind für die einzelnen Interessenkreise sehr aufschlußreich. Sie lauten:

74) In einer Anordnung des Präsidenten der Reichsmusikkammer v. 9. 12. 1935 (VB. 13. 12. 1935), (Schrieber Musikrecht S. 73) kommt dies klar zum Ausdruck. Hier wird grundsätzlich die Konzerttätigkeit der festangestellten Rundfunkorchester, über den Rahmen der Werbetätigkeit für den Rundfunk hinaus, verboten. Als Grund hierlür wird angegeben: Behebung der Not freistehender Orchester, erwerbsloser Berufsmusiker usw. und Steigerung der Leistungsfähigkeit dieser Musiker.

75) Reichsministerialblatt 1929/655.

76) Reichsministerialblatt 1927/351.

„Nach § 16 des Reichsbeamtengesetzes bedarf ein Reichsbeamter zur Uebernahme einer Nebenbeschäftigung, mit der eine fortlaufende Remuneration verbunden ist, sowie zum Betriebe eines Gewerbes einer vorgängigen Genehmigung. Zur Musikausübung gegen Entgelt soll diese Genehmigung als erteilt gelten, wenn die Musikausübung nicht öfter als 36 mal im Jahre und außerdem in keinem Vierteljahr öfter als neunmal stattfindet und eine Bescheinigung des zuständigen Arbeitsamtes vorliegt, daß für die beabsichtigte Musikausübung geeignete Berufsmusiker nicht zur Verfügung stehen. Darüber hinaus wird mit Rücksicht auf die gegenwärtige Wirtschaftslage sowie aus dienstlichen Gründen eine Genehmigung in keinem Fall erteilt werden . . . . .“

Diese Richtlinien gelten heute für alle Beamten. Der Erlaß neuer Vorschriften ist geplant[77]).

Zwar ist die Musikausübung ein Mittelding zwischen Kunst und Gewerbe. — Sie wird meist zu letzterem gerechnet. — Trotzdem ist sie aus ähnlichen Gesichtspunkten zu betrachten wie die künstlerische Tätigkeit schlechthin.

C Die Durchführung der Abgrenzung durch die Reichskulturkammer.

Durch eine generelle Regelung kann der Schutz der Interessen der freien Künstlerschaft nicht durchgeführt werden. Es muß vielmehr auf den Einzelfall ankommen.

Der Dienstvorgesetzte des einzelnen Beamten ist verpflichtet, „Missbräuchen“ entgegenzutreten (§ 11 DBG.) Er ist aber nicht in der Lage, die Interessen des freien Künstlers in vollem Umfange zu würdigen. Denn dazu fehlt ihm der nötige Einblick.

Hierzu sind in erster Linie die Standesorganisationen der Künstlerschaft, also die Reichskultur-

77) VO. über die Nebentätigkeit der Beamten vom 6. 7. 1937 Z. 4 Abs. 3; vgl. Brand DBG. S. 156; Wichert Beamtenreichsrecht. Seite 98.

kammer und deren Einzelkammern mit ihren Unterorganisationen berufen.

Aehnliche Wege ist man auf dem Gebiete der musikalischen Nebenbeschäftigung schon früher gegangen. So war bis 1925 in Bayern eine Bescheinigung der zuständigen Musikerberufsvereinigung nötig zu der Genehmigung der privaten entgeltlichen Musiktätigkeit des Beamten. Diese Bescheinigung wurde nur erteilt, wenn geeignete Berufsmusiker nicht vorhanden waren. Infolge der starken Zersplitterung der Musikerschaft konnte diese Regelung nicht aufrechterhalten werden. Denn Unzuträglichkeiten waren die Folge, wenn mehrere Berufsvereinigungen nebeneinander bestanden. Aus diesem Grunde wurden 1925 die Bescheinigungen der Musikerberufsvertretungen durch solche der Arbeitsämter ersetzt[78]).

Mit der Durchführung des ständischen Aufbaues ist diese Zersplitterung weggefallen. Der Einsatz der Berufsvertretung ist daher heute in vollem Umfang ermöglicht.

Als Hauptaufgabe der Reichsmusikkammer hat man bezeichnet: Die Milderung der großen Erwerbslosigkeit der Berufsmusiker. Sie sei hervorgerufen durch das in keinem anderen Berufe derartig verbreitete „Nebenberuflertum“: Wer irgend ein Instrument spielen könne, glaube nämlich hieraus einen Erwerb ziehen zu können[79]).

Ueber das Gebiet der Musik hinaus gilt für jede künstlerische Tätigkeit nunmehr das Recht der Reichskulturkammer. Grundsatz ist danach die Zugehörigkeitspflicht aller Kulturschaffenden zu der betreffenden Einzelkammer[80]).

Die meisten Personen, die eine künstlerische Tätig-

78) Siehe Mitteilungen des bayer. Landesamtes für Arbeitsvermittelung (Beilage der bayer. Gemeindezeitung) 1926 Sp. 4, 24; 1922 Sp. 389; Bekanntmachung sämtlicher Staatsministerien v. 7. 10. 1925 (Bayer. Gesetz- u. Verordnungsblatt S. 259); Scheuer in Bayer. Gemeinde- u. Verwaltungsztg. 1934 Sp. 358.

79) Schmidt-Leonhardt Reichskulturkammer S. 28.

80) § 4 der 1. VO. zur Durchführung des Reichskulturkammerges. v. 1. 11. 1933; vgl. Schutte in JW. 1934/3250; Ritter in JW. 1936/3025; Baugilde 1938 S. 241.

keit nebenberuflich ausüben, können die Voraussetzungen für die Zugehörigkeit nicht erbringen. Bei strenger Durchführung des Grundsatzes der Zugehörigkeitspflicht wäre somit eine künstlerische Nebenbeschäftigung nahezu überhaupt ausgeschlossen.

Dies ist weder bezweckt noch erwünscht. Deshalb können die Präsidenten der Einzelkammern „geringfügige" Tätigkeiten auch ohne Mitgliedschaft zulassen[81]). Beispiel dafür sind mehrere Vereinbarungen zwischen der Reichsmusikkammer und anderen Behörden.

Auf Grund einer Vereinbarung mit dem Reichsarbeitsdienst gilt folgendes[82]): Die Angehörigen von Arbeitsdienstkapellen, die aus Laienmusikern bestehen, dürfen grundsätzlich nicht öffentlich gegen Entgelt musizieren. (§ 2 der Vereinbarung).

Die aus Laien und Berufsmusikern zusammengesetzten Musikzüge dürfen nur mit Genehmigung des jeweils zuständigen Ortsgruppenleiters des betr. Fachverbandes der Reichsmusikkammer bei öffentlichen Veranstaltungen gegen Entgelt mitwirken (§ 3 der Vereinbarung).

Die Genehmigung soll u. a. erteilt werden wenn die in dem Bezirk ansässigen Berufsmusiker durch derartige Veranstaltungen nicht beeinträchtigt werden.

Einen ähnlichen Inhalt haben die Vereinbarungen mit dem damaligen Reichswehrministerium[83]), mit dem Chef des Stabes der SA[84]), mit der Reichsführung SS[85]), dem Reichsbund ehemaliger Militärmusiker[86]), und der evangelischen Kirche betr. die Tätigkeit der Kirchenmusiker[87]).

81) § 9 d. genannten VO. v. 1. 11. 1933.

82) Bekanntmachung der Vereinbarung zwischen der Reichsmusikk. und d. Reichsleitung des Arbeitsdienstes v. 1. 3. 1934 (Amtliche Mitteilungen d. Reichsmusikk. 1934 Nr. 8); Schrieber Musikrecht S. 33.

83) Amtliche Mitteilungen der Reichsmusikkammer 1934 Nr. 34; Schrieber Musikrecht S. 36.

84) A. M. d. Reichm. Nr. 14; Schrieber Musikr. S. 64.

85) A. M. d. Reichm. 1936 Nr. 3 und Nr. 6; Schrieber Musikr. Seite 67.

86) A. M. d. Reichm. 1934 Nr. 26; Schrieber Reichskulturkammer Band I S. 98.

87) A. M. d. Reichm. 1936 Nr. 2.; Schrieber Reichskulturkammer Band III S. 68.

Den gleichen Zweck verfolgen die verschiedenen Anordnungen zur Befriedung der wirtschaftlichen Verhältnisse im deutschen Musikleben. Nach der dritten dieser Anordnungen gilt folgendes[88]):

Wer nebenberuflich Musik gegen Entgelt ausüben will, ohne der Reichsmusikkammer anzugehören, muß einen Fragebogen ausfüllen. Die Entscheidung trifft der Präsident der Reichsmusikkammer. Der Betreffende wird gegebenenfalls in eine Liste der örtlichen Musikerschaft aufgenommen und bekommt einen entsprechenden Ausweis. Dieser wird erteilt, wenn die Erwerbsmöglichkeiten der im Bezirke der Ortsmusikerschaft vorhandenen Berufsmusiker der gleichen Sparte nicht beeinträchtigt werden (§§ 6—12 der Anordnung).

Die Durchführung ist durch Ordnungsstrafen geschützt.

Das gleiche System der Befreiungsmöglichkeit von der Zugehörigkeitspflicht gilt bei der Reichskammer der bildenden Künste:

So ist die nebenberufliche Ausübung der Tätigkeit als Architekt unter folgenden Voraussetzungen zulässig:

Es muß sich um eine geringfügige oder gelegentliche Tätigkeit handeln. Der Betreffende muß persönlich zuverlässig und geeignet sein. Es muß der Nachweis der Stockung des Arbeitmarktes durch eine Erklärung des Reichstreuhänders der Arbeit, oder seines örtlichen Beauftragten, beigebracht werden, für den Fall, daß der Betreffende die Tätigkeit nicht ausübt.

Sind diese Voraussetzungen erfüllt, so erhält der Betreffende eine Bescheinigung der zuständigen Landesstelle der Reichskammer der bildenden Künste über seine Zulassung[89]).

Diese Bestimmungen gelten prinzipiell für beamtete und nichtbeamtete Personen[90]).

88) Die Anordnung ist datiert am 5. 2. 1935; Schrieber Musikrecht S. 41.

89) 3. Anordnung betr. den Schutz des Berufs u. die Berufsbezeichnung des Architekten v. 20. 11. 1934 (VB. 24. 11. 1934); Schrieber Reichskulturkammer Band I S. 150; vgl. Schutte in JW. 1934/3250.

90) Mitteilungsblatt der Reichskammer der bildenden Künste v. 1. 10. 1936 S. 4, 5, 15 (Rundschreiben Nr. 81).

Auch der oben ausgeführte Umstand[91]), daß für bestimmte Personen (Professoren an Kunstakademien usw.) ein erweiterter Rahmen der Zulässigkeit von Nebenbeschäftigungen gelten muß, ist in der Kulturkammergesetzgebung zum Ausdruck gekommen: Diese Personen gehören der Reichskulturkammer kraft Gesetzes an und brauchen deshalb keine Genehmigung für den Einzelfall[92]).

„Der Rechtsgrund liegt darin, auch die Ausbilder und Erzieher der heranwachsenden Künstlergeneration den kulturpolitischen Forderungen, die durch das Reichskulturkammergesetz und seine Durchführungsverordnungen aufgestellt sind, einzuordnen“[93]).

In dieser „Einordnung“ liegt zugleich die Begrenzung der Tätigkeit dieser Personen im Interesse der freien Künstlerschaft.

Es ergibt sich also: Der Beamte ist in seiner künstlerischen Nebenbeschäftigung genau so gestellt, wie jeder andere Volksgenosse, der nebenberuflich als Künstler tätig ist.

Ergebnis.

Als Ergebnis der Ausführungen ist folgendes festzustellen:

Nach dem Beamtenrecht ist genehmigungsfrei die private künstlerische Nebentätigkeit des Beamten.

Unter „künstlerischer Tätigkeit“ ist dabei das zu verstehen, was man im Leben schlechthin als Kunst bezeichnet.

Insbesondere ist die künstlerische Tätigkeit nicht auf die sog. „reine Kunst“ zu beschränken. Denn das ist ein künstlich geschaffener Begriff, der mit der Wirklichkeit nicht übereinstimmt und überdies keine klare Ab-

---

91) Siehe oben Seite 38 der Arbeit.

92) Ergänzungsges. zum Reichskulturkammerges. v. 15. 5. 34 in Verbindung mit dem Reichstheaterges. v. 15. 5. 1934 § 6 Abs. 1 S. 2 und Abs. 2.

93) Mitteilung der Reichskammer der bildenden Künste an den Verfasser siehe oben Seite 25, Anmerkung 38 der Arbeit.

grenzung ermöglicht. Außerdem ist er durch die Beamtengesetzgebung in keiner Weise gerechtfertigt.

Begrifflich ist vielmehr eine Abgrenzung überhaupt nicht zu ziehen. Diese ist nur möglich durch die Berücksichtigung der einzelnen Interessenkreise, die von der künstlerischen Nebenbeschäftigung des Beamten berührt werden.

Der Ausgleich der Interessen im einzelnen wird gewährleistet durch die Verwaltungsorganisation und durch den Standesaufbau der freien Künstlerschaft, die Reichskulturkammer.